المكتبة القانونية في الشريعة والقانون

معين القضاة لتحقيق العدل والمساواة

دراسة بين الشريعة والقانون

الدكتور
مصطفى إبراهيم الزلمي
الأستاذ المتمرس في الشريعة والقانون

الطبعة الأولى ٢٠١٤

كتابان في مجلد واحد

معين القضاة لتحقيق العدل والمساواة

الصلة بين المنطق والقانون

معين القضاة
لتحقيق العدل و المساواة

تأليف

الدكتور مصطفى ابراهيم الزلمي

الاستاذ المتمرس في الشريعة والقانون

معين القضاة
لتحقيق العدل والمساواة

تأليف : البروفيسور مصطفى ابراهيم الزلمي
الناشر: نشر احسان للنشر و التوزيع
الطبعة الأولى ٢٠١٤ - ١٤٣٥
مدير المشروع: ريدار رؤوف احمد
تصميم : جمعة صديق كاكه
المشرف على الطبع: ياسر يعقوبي

رقم الإيداع : ١٠٤٤- ٢٠١٠
رقم الدولي (ISBN) للمجموعة:
978-600-349-006-2
رقم الدولي (ISBN) للكتاب:
978-600-349-026-0

﴿إِنَّ ٱللَّهَ يَأْمُرُكُمْ أَن تُؤَدُّوا۟ ٱلْأَمَٰنَٰتِ إِلَىٰٓ أَهْلِهَا وَإِذَا حَكَمْتُم بَيْنَ ٱلنَّاسِ أَن تَحْكُمُوا۟ بِٱلْعَدْلِ ۚ إِنَّ ٱللَّهَ نِعِمَّا يَعِظُكُم بِهِۦٓ ۗ إِنَّ ٱللَّهَ كَانَ سَمِيعًۢا بَصِيرًا ﴿٥٨﴾﴾

سورة النساء/ ٥٨

(إِذَا حَكَمَ الْحَاكِمُ فَاجْتَهَدَ فَأَصَابَ فَلَهُ أَجْرَانِ، وَإِذَا حَكَمَ فَاجْتَهَدَ فَأَخْطَأَ فَلَهُ أَجْرٌ)

صحيح ابن حبّان، برقم (٥٠٦٠)، ١١/ ٤٤٥

الفهرس

المقدمة

١. منذ الخليقه انقسم العالم البشري الى معسكرين: - معسكر الخير ومعسكر الشر. فاقتضت هذه السنه للحياة ان تكون في كل عصر يد حكيمة مدبرة تمسك بالخيوط وتقود المركب المتزاحم للمتصارع الى شاطىء الخير والاصلاح في نهاية المطاف.

٢. ومنذ زمن بعيد اختلف المفكرون من الفلاسفة وعلماء القانون في تحديد الغريزة الاصلية للانسان هل هي خيرة بالطبع أو شريرة بالفطرة فذهب البعض[١] الى ان طبيعة الانسان فطرت على الخير فهو يختار سلوك الشر تحت تأثير عوامل طارئة كالاسباب المادية (الطبيعية) او الأنثروبولوجية (الفردية) او الأجتماعية او الوراثية، او غير ذلك مما يضعه تحت كابوس الشهوات و يخضعه لسلطان النزوات بينما يرى البعض الأخر[٢] عكس هذا الأتجاه فحكموا على الأنسان بأن فطرته مطبوعة على الشر فهو شرير بالطبع فإذا سلك في مسار الخير يكون ذلك لعوامل خارجة عن مقتضى طبعه كالتربية الأسرية و التوعية الدينية و نحو ذلك.

٣. إتجاه القرآن في تحديد طبيعة الأنسان يختلف عن الأتجاهين المذكورين فهو يقر أن الأنسان ليس خيا في الأصل و لا شريرا بالطبع وإنما يحمل نزعتين في وقت واحد، نزعة الخير ونزعة الشر يترأسهما العقل فقال سبحانه وتعالى: ﴿وَنَفْسٍ وَمَا سَوَّاهَا[٣] فَأَلْهَمَهَا فُجُورَهَا[٤] وَتَقْوَاهَا[٥] قَدْ أَفْلَحَ مَنْ زَكَّاهَا[٦] وَقَدْ خَابَ مَنْ دَسَّاهَا﴾[٧].

٤. الانسان بمثابة دولة ذات سيادة مستقلة يرأسها العقل وله وزيران هما نزعة الخير ونزعة الشر وأجهزة المخابرات وهي الحواس الخمس الظاهرة، ووسائل دفاعية وهما الايدي والأرجل والالسنة و تتدخل في شؤون هذه الدولة عوامل خارجية مؤثرة تدفعها نحو

---

[١] ومنهم سقراط (٤٦٩-٣٩٩ ق. م) الفيلسوف اليوناني في أثينا.

[٢] ومنهم اليسوعيون من الفلاسفة ولومبروز من علماء القانون والطب.

[٣] أي والقدرة التي خلقت نفس الأنسان.

[٤] إشارة إلى نزعة الشر.

[٥] التزكية تكون بتغليب نزعة الخير على نزعة الشر.

[٦] التزكية تكون بتغليب نزعة الخير على نزعة الشر.

[٧] سورة الشمس / ٧-١٠

الخير اذا تغلبت نزعة الخير أو نزعة الشر اذا انتصرت نزعة الشر في معركة الحياة حين الاحتكاك بالغير.

٥. الانسان رغم انه اجتماعي بالطبع الا انه في نفس الوقت اناني من حيث الذات يحمل ايثار نفسه على غيره حين تضارب المصالح. لذا أصبح من ضروريات الحياة في كل زمان ومكان وجود قانون يحدد حقوق والتزامات كل شخص طبيعي أو معنوي بحيث يتضح امام الناس أن كل شخص ينتهي حقه في الحدود التي يبدا فيها حق الغير.

٦. وجود القانون وحده لايكفي اذا لم يطبق من الناحية العملية بل يبقى حبرا على ورق وجوده وعدمه سيان لذا أصبح أيضا من ضروريات الحياة قيام سلطة قضائية تتولى تطبيق القانون لتأمين العدل بأعطاء كل طرف من أطراف النزاع والخصومة مايستحقه من ثواب أو عقاب وتحقيق المساواة في التوازن بين الحقوق والالتزامات.

٧. ولاهمية القضاء في الحياة البشرية وصف منذ القدم بأنه فريضة محكمة أي لايقبل النسخ و الالغاء ولايمكن الاستغناء عنه في اي زمان ومكان مهما تطورت الحضارة البشرية نحو الأفضل وأزداد شعور كل فرد لمسؤوليته تجاه الغير لأن فريضة القضاء عقلية قبل أن تكون شرعية وقانونية ومن البدهي أن الحكم العقلي لايحتمل الالغاء والاستغناء عنه. ومن هذا المنطلق يجب على ولي الأمر في كل اقليم أن يولي قضاة يختارهم من النخبة المتميزة المتخلية عن كل رذيلة والمتحلية بكل فضيلة.

٨. وسميت هذا الجهد المتواضع (معين القضاة لتحقيق العدل والمساواة) راجيا من الله عزوجل ان يحقق هذه الغاية وان يجعل هذا الجهد المتواضع بداية لسلسلة متقاربة في الغاية تحت عنوان (المعين) وان يليه باذن الله معين الاستاذ الجامعي.

ومن الله التوفيق

وهو على كل شيء قدير



الفصل الأول

مؤهلات ممارسة القضاء

المؤهلات التي يجب أن تتوافر فيمن يتولى مهمة القضاء يمكن تلخيصها من حيث الطبيعة في قسمين:

المؤهلات الذاتية و للمؤهلات المكتسبة.

لذا توزع دراسة هذا الموضوع على مبحثين:

يخصص الأول للمؤهلات الذاتية

والثاني للمؤهلات المكتسبة.



المبحث الأول
المؤهلات الذاتية

المؤهلات الذاتية (او الشخصية) منها إعتقادية ومنها سلوكية.

أولاً: المؤهلات الأعتقادية:

وهي الأيمان بالله وما يتفرع عنه من الأيمان بسائر المغيبات. فالأيمان بالله يعد الركيزة الرئيسة لبناء الحياة السعيدة و المنطلق الأول للصعود إلى متطلبات الحياة وتنظيم العلاقات على أسس علمية صحيحة بين الأفراد و المجتمعات في جميع المجالات حين الدخول في معركة الحياة وإحتكاك الناس بعضهم ببعض.

ولهذا قيل: (من يملك عقيدة فاسدة خير ممن لا عقيدة له) لأن له نوعاً من الألتزام بمقتضى هذه العقيدة رغم فسادها. فالأيمان بالله مصدر لطاقة روحية تراقب الأنسان في أقواله و أعماله و تراقب العامل في معمله، والزارع في مزرعته والموظف في مقر عمله، والقاضي أثناء إجراءاته القضائية وإصدار حكمه، وأصحاب المهن والحرف حين ممارسة أعمالهم المهنية و الحرفية، و المعلم في مدرسته، والأم في بيتها، والسلطة حين ممارسة مسؤولياتها.

وهكذا يراقب الأنسان نفسه بنفسه بدون حاجة إلى رقابة سياسية أو إدارية أو قضائية أو نحو ذلك.

والأيمان العلمي بالله واجب عقلي قبل أن يكون واجبا شرعيا لأنه لا يمكن إكتسابه عن طريق الرسل و الأنبياء والكتب المقدسة المنزلة عليهم لأن الأيمان بها يتوقف على الأيمان بالله مقدما ولو توقف عليها الأيمان بالله لما تحقق هذا الأيمان لما في ذلك من الأستحالة المنطقية.

ولإيضاح هذه الحقيقة لو توقف (أ) على (ب) وتوقف (ب) على (أ) لتوقف وجود (أ) على نفسه بعد حذف المكرر (ب). وتوقف الشيء على نفسه يستلزم تقدمه على نفسه أي

يلزم أن يكون (أ) موجوداً قبل أن يوجد وهذا مستحيل والمستلزم للمستحيل مستحيل أيضاً.

والأيمان بالله يجب أن يكون عن طريق الأستدلال بالبرهان (الإني)[1] أي الأستدلال بالأثرعلى وجود مؤثره لأن الأيمان التقليدي تبعا للأبوين او غيرهما مرفوض وغير مقبول لأن التقليد، في أصول و فروع الدين قابل للزوال بتشكيك المشكك. لذا نجد شبابنا المؤمنين إيمانا تقليديا حين ينهبون للخارج لأكمال دراستهم أو نحو ذلك ينحرف كثير منهم إلى الألحاد لأن إيمانهم كان تقليدا للآباء. مثلاً ولو كان هذا الأيمان علميا و إستدلاليا لما تأثر بالمؤثرات الخارجية حين الأحتكاك بالغير.

الأستدلال بالبرهان (الأني) بسيط جداً لايحتاج إلا إلى إستخدام العقل السليم والتفكر في خلق السموات والأرض وما فيهما.

وهذا ما صادفته في حياتي العملية في كلية القانون جامعة بغداد ١٩٨٧ ففي بداية السنة الدراسية دخلت القاعة لألقاء محاضرة في اليوم الأول فقام أحد الطلبة ورفع يده فقلت له أنا لم أبدأ بالمحاضرة بعد حتى تناقشني، قال يا استاذي الموضوع لا صلة له بالدرس ومناقشته وإنما مشكلتي عبارة عن كوني من أبوين مسلمين ورغم ذلك أنا ملحد ولي الرغبة الشديدة في أن يوجهني شخص ويقنعني بوجود الله ولحد الآن لم اجد هذا الشخص.

فقلت له إجلس الان أثبت لك وجود الله بخمس دقائق فسألته هل يتصور أن تأتي هذه القاعة المبنية التي ندرس فيها إلى الوجود صدفة بدون بناء والعمال والمواد الأولية ؟

قال: كلا، فقلت إذن هذا الكون العظيم الذي مازالت عقول علماء الفضاء حيارى أين يبدأ وأين ينتهي كيف أتى الى الوجود بدون الخالق؟

قال: اوجدته الطبيعة.

قلت: هل الطبيعة موجودة أو معدومة فعلى تقدير كونها معدومة كيف يخلق المعدوم الموجود ؟

قال: الطبيعة موجودة.

---

[1] البرهان (الأستدلال بالأدلة القطعية) إما (لمي) أي إستدلال بالمؤثر على وجود أثره كالأستدلال بالجراثيم والميكروبات في الدم بعد تحليله على تشخيص المرض من قبل الأطباء المختصين. وإما (إني) وهو الأستدلال بالأثر على وجود المؤثر كالأستدلال بالكون على وجود خالقه

قلت: هل الطبيعة جزء من الكون ذاته أوشي، خارج عنه. فإذا كان جزءاً منه كيف يخلق الشيء نفسه؟

قال: ليس جزءاً من الكون وإلا لزم أن يخلق الشيء نفسه.

فقلت: هل بامكان النجار أن يحول لوحة خشبية إلى أثاث بيتي بدون أدوات النجارة؟

قال: كلا.

قلت: هل بامكان الطبيعة أن تخلق هذا الكون المنظم الغريب العجيب بدون علم وإرادة وقدرة؟

قال: كلا.

قلت: الذي تسميه أنت وأمثالك الطبيعة هي عبارة عن ذات الله سبحانه وتعالى وإن الاختلاف في التسمية.

قال: أشهد أن لا إله إلا الله وأشهد ان محمداً رسول الله (ﷺ).

وهكذا تحول الطالب بأ قل من خمس دقائق من عالم الالحاد الى عالم الايمان.

وكان هذا الطالب يقول لي يا أستاذ كل يوم أقرأ بعضا من القرآن الكريم قبل المجيء الى الكلية.

ثانياً: المؤهلات السلوكية:

يجب أن يكون المرشح للقضاء في المستقبل ذا سلوك نزيه صحيح مستقيم يتحلى في ذاته بالصفات الحميدة والأخلاق الفاضلة ويتخلى عن كل رذيلة تخل بشخصيته وفي مقدمة هذه الصفات:

أ – النزاهة: فهي إذا كانت ضرورية لكل إنسان يتعامل مع غيره بصدق و ثقة وأمانة وعدم إنحياز ونحو ذلك فإنها أهم بكثير بالنسبة لمن يمارس أخطر وظيفة في الحياة العملية في جميع دول العالم.

لأن خطأ غير القاضي يمكن تداركه وتعويضه وعلى سبيل المثل إذا أخطأ الأستاذ في تفسير نص فإن هذا الخطأ يمكن تصحيحه من قبل شخص آخر او من المخطيء نفسه، والتاجر إذا أخطأ في تعامله مع الغير بالأمكان تصحيحه و تعويض المتضرر. بخلاف خطأ القاضي فهو غير قابل للتصحيح بعد إكتساب الحكم الخاطيء غير العادل درجة البتات.

وبعد تصديق الحكم من محكمة عليا أو إنتهاء مدة الطعن في الحكم لايبقى مجال لتدارك سلبيات هذا الخطأ غالباً. والنزاهة صفة كمالية وضرورية في وقت واحد وهي ذاتية ممنوحة له بفضل الله يؤتيها من يشاء.

ب - الأستقامة: ومن السلوكية الصحيحة الأستقامة وبقاء الأنسان على نمط واحد في الحياة في كل زمان ومكان وأحوال.

فهي من الصفات الشاقة قلما يستطيع الأنسان أن يتحلى بها ويستمر عليها في عصر تغلب النزعة المادية على النزعة المعنوية.

وقد رأيت في حياتي كثيراً من الناس تقلبوا وتحركوا وتلونوا بألوان مختلفة وراء كسب الوظائف والمناصب والمادة كتقلب الريشة في مهب الرياح.

ولصعوبة إستمرارية صفة الأستقامة شكى من هذه الصعوبة أعظم رجل في تأريخ البشرية بشهادة المفكرين والفلاسفة من غير المسلمين وهو سيدنا محمد (ﷺ) حين قال (شيبتني هود) أي سورة هود في القرآن الكريم لأنها تتضمن آية: ﴿فَاسْتَقِمْ كَمَا أُمِرْتَ وَمَنْ تَابَ مَعَكَ وَلاَ تَطْغَوْا إِنَّهُ بِمَا تَعْمَلُونَ بَصِيرٌ﴾.[1]

ج - الأمانة والصدق وعدم الأنحياز: لأن وظيفة القضاء تتطلب توفرهذه الصفات فيمن يمارسها تحقيقاً للعدالة وتطبيقاً للمساواة.

د - العقلية الناضجة والأدراك الحاد والقدرة المتفوقة القادرة على التحليل و التعليل والأستنتاج.

هـ - أن يتمتع بقوة الشخصية ولياقة بدنية و سلامة الحواس الظاهرة والباطنة للاحتفاظ بهيبته وكرامته وشخصيته.

ويجب أن تكون المؤسسة التي تتولى ترشيح شخص ليكون قاضي المستقبل مستقلة غير مرتبطة بجهة سياسية أو إدارية أو حزبية وقادرة على إدراك الصفات الذاتية المذكورة.

---

[1] سورة هود / ١١٢

المبحث الثاني
المؤهلات المكتسبة

يكتسب القاضي الصلاحية لتحقيق العدالة والمساواة مؤهلاته وخبرته العلمية والعملية من ثلاثة ينابيع في ثلاث مراحل وهي: - كلية القانون، والمعهد العالي للقضاء او المعهد القضائي، وممارسة الاعمال القانونية.

المرحلة الأولى: الدراسات النظرية القانونية الأولية.

وتكون هذه المرحلة في إحدى كليات القانون (الحقوق) المعترف بها رسميا.

ومن الواضح أن الدراسة في هذه المراحل الاولية في كليات القانون غالبا تكون نظرية محضة وقد تكون سطحية يعتمد فيها الطالب على حفظ الألفاظ بمعزل عن الدخول في عمق معانيها فلا يكتسب عقلية قانونية أو ذهنية فقهية تؤهله للإلتحاق بالمرحلة الثانية (المعهد القضائي).

لذا من الضروري أن تكون هناك طريقة واضحة للتأكد من توفر المؤهلات المكتسبة في هذه المرحلة بحيث تؤهله للالتحاق بما تليها، وأن يحدد القانون عملية اختيار القضاة بشكل واضح، وأن تكون هنالك معايير واضحة لاختيارالمرشحين لقضاء المستقبل وأن تعتمد هذه المعايير على عناصر موضوعية مثل إختيار الكفاءة، وأن يؤخذ بعين الاعتبار مزايا المرشحين وان تخضع عملية إختيار القضاة لرقابتمعينة مستقلة كالمجلس القضائي، وأن تكون عملية اختيار القضاة شفافة وأن يتم الاعلان عن معايير وإجراءات الاختيار والاختبار، وأن يعلن أسماء المرشحين مقدماوسيرتهم الذاتية، وأن تكون المؤسسة المسؤولة عن إختيار القضاة مستقلة عن وزارة العدل والمعهد القضائي إستبعادا للوساطات والتدخلات الخارجية، ويجب أن تكون أسئلة الاختبار فكرية توضع من قبل لجنة وتصحح من لجنة ثانية وتدقق من لجنة ثالثة.

المرحلة الثانية: ممارسة الأعمال القانونية.

من الواضح ان كل نتيجة ايجابية ذات نفع عام تخدم المصلحة العامة يقدمها الانسان لمجتمعه هي ثمرة ثلاث مقدمات تتوقف عليها هذه النتيجة.

المقدمة الاولى: - مجموعة أفكار وآراء ونظريات لدنية مصدرها العقل السليم أو مكتسبة من الدراسات النظرية وهي مخزونة في الذهن أو في أحدى الحواس الباطنية.

المقدمة الثانية: - هي الفاظ وجمل و تعابير تعبر عن تلك الافكار والاراء والنظريات وتصبح قوالب لها وتخرجها من عالم الباطن الى عالم الظاهر ليطلع عليها الغير ممن يهمه هذا الاطلاع.

المقدمة الثالثة: - استخدام مجموع المقدمتين المذكورتين في مجال من المجالات الخاصة بهما من الناحية التطبيقية والعلمية.

فاذا تخلفت مقدمة من هذه المقدمات الثلاث تكون العملية عقيمة والنتيجة سقيمة.

فالاجراءات القضائية تتكون من المقدمات الثلاث المذكورة بدءاً برفع الدعوى أمام القضاء وعرض القضية (موضوع الدعوى) عليه مارة بالمعلومات القضائية المسموعة كافادات الشهود أو المقرؤة كالتقارير المرفوعة من قاضي التحقيق أو (المحقق القضائي) أو من الطب العدلي والمطالعات المقدمة من هيئة الادعاء العام أو المرئية كمشاهدة آثار الجريمة و بصمات الأصابع وبقع الدم ونحو ذلك إلى إصدار الحكم النهائي بالأدانة أوالبراءة بعد إقتناع القاضي المكتسب من تلك المعلومات كلها تستهدف نتيجة واحدة وهي الحكم العادل المقرر لكل ذي علاقة ما يستحقه دون أن يكون هناك مظلوم او مغبون أو ظالم من أحد أطراف النزاع والخصومة.

ومن البدهي أن مصدر كسب الأفكار والآراء والنظريات القانونية عبارة عن الدراسة في مراحلها الأربع في كليات القانون والمعاهد القضائية العليا خلال سنوات الدراسة.

وقد يكتسبها القانوني من مطالعاته الخارجية للأبحاث القانونية خارج تلك الدراسات.

أما مراجع إكتساب الخبرة العملية والمهارة التطبيقية فهي عبارة عن ساحة العمل ومضمار التحرك الفعلي في مجالات عمل المحامي والمعاون القضائي والمحقق العدلي وكاتب العدل وهيئة الأدعاء العام ومسؤول الشعبة القانونية في الدوائر والمؤسسات ونحو ذلك في المجالات الأخرى من ممارسة الأعمال القانونية.

وتفضل ممارسة مهنة المحاماة على المهن القانونية الأخرى لأن المحامي يهمه الدخول في جميع الزوايا القانونية الدقيقة لكسب الدعوى التي وكل فيها ولأنه في مناقشاته القضائية أثناء المرافعة وفي تحليلاته العلمية وتعليلاته الغائية وإستنتاجاته المطلوبة أكثر قدرة وأكفأ أهلية ليتولى وظيفة القضاء في المستقبل.

ثم إن القانوني كما يكتسب الخبرة النظرية من دراساته قد تكون الآراء والنظريات القانونية من بنات أفكاره. وفي جميع الأحوال من يتولى مهمة القضاء دون المرور بالخبرة القانونية المكتسبة من الممارسة لا يكون ناجحاً في أداء مهمته غالباً.

لذا يجب على من يتولى منصب القضاء أن يجمع بين المؤهلات النظرية والمؤهلات العملية.

فإذا لم يكن مؤهلاً كاملا بأن تخلف فيه توفر إحدى المقدمات الثلاث المذكورة تأتي نتيجة الحكم غير كاملة و غير عادلة طبقاً للقاعدة المنطقية (إن النتيجة تابعة لأخس مقدماتها) فإذا كانت إحداها ناقصة تأتي النتيجة ناقصة وإذا كانت سلبية كانت النتيجة سلبية وإذا كانت جزئية فالنتيجة تكون جزئية وإذا كانت ظنية تكون النتيجة ظنية.

وينبني على المحصلة النهائية لما ذكرنا ضرورة توفر الخبرة العملية والممارسة القانونية لدى المرشح قبل قبوله في المعهد القضائي او بعد إجتياز هذا المعهد بنجاح وقبل تعيينه على أن تكون مدة الممارسة العملية كافية لاكتساب الأهلية القضائية.

ومن المفضل أن تكون هذه الممارسة قبل الانتساب الى المعهد القضائي حتى تكون حلقة وصل بين الخبرة النظرية المكتسبة في مراحل دراسة كلية القانون وبين مايكتسبه من هذه الخبرة في المعهد القضائي وبالتالي تأتي نتائج الأحكام القضائية عادلة باعطاء كل ذي حق مايستحقه من الجزاء العادل.

المرحلة الثالثة: إكتساب الاهلية القضائية من دراسات المعهد القضائي.

وأقترح إستحداث معهد قضائي في كوردستان العراق والاستغناء عن المعهد القضائي في بغداد للعوامل الأتية: -

١. إستبعاد ظاهرة التمييز العنصري في الاختيار والاختبار حين قبول المرشحين.
٢. عدم صلاحية الدراسة لتأهيل القاضي بوضعه الحالي. وقد مارست التدريس في

المعهد القضائي القائم سبع سنوات فوجدت أنه لا يحقق الاهلية المكتسبة الكافية لتولي منصب القضاء الذي هو أخطر المناصب وذلك للاسباب الأتية: -

أ- ٥٠٪ من الدراسة في السنتين المقررتين تكرار وترديد لما درسه الطالب في كلية القانون.

ب- ٣٠٪ دراسات تطبيقيه من قبل القضاة أو من حضور الطلبة في جلسات المحاكم أثناء الاجراءات القضائية وكانت تطبيقات القضاة دراسة نظرية أكثر من أن تكون تطبيقية.

وفي حضور جلسات الاجراءات القضائية في المحاكم ضياع للوقت والعمر لضيق الزمن المحدد لهم بالاضافة الى غياب بعضهم غالباً عن الحضور في المحاكم.

وقد أقترحت حين كنت حاضرا هناك أن تسجل الاجراءات القضائية في جهاز ثم تعرض عن طريق جهاز اخر على الطلبه في قاعة التدريس بحضور الاستاذ المختص على أن يطلب منهم بين فترة وأخرى التعليق على تلك الاجراءات وبيان رأيهم فيها.

لكن من المؤسف لم اجد أذنا صاغيا لهذا الاقتراح

ت- قله وجود كادر تدريسي يتمتع بكفاءة علمية عالية تؤهله للتدريس في هذه المرحلة.

ث- غياب العلوم العقلية التي هي ضرورية للقاضي ولكل من يتعامل مع النصوص كعلم المنطق والفلسفة و إصول الفقه وهذه العلوم التي تسمي العلوم الآلية غايتها تأهيل الانسان لأن يستخرج الاحكام من النصوص بطريقة علمية سليمة عادلة.

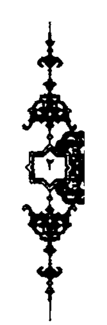
فالمنطق: مراعاة قواعده تعصم ذهن القاضي عن الخطأ في إكتساب المجهولات من المعلومات المتيسرة لديه فالمعلومات التي تسبق كسب المجهول منها مسموعة كافادات الشهود ومطالعات نائب المدعي العام، ومنها مقروءة كتقارير قاضي التحقيق والطب العدلي، ومنها مرئية كمشاهدة آثار الجريمة.

ومن الواضح أن أهداف هذه المعلومات عبارة عن إيصال القاضي الى مجهول مطلوب وهو الحكم العادل.

وعلم الفلسفة: يرشد القاضي الى العلة الغائية من تطبيق القانون وتكييف الواقعة القانونية والتصرف القانوني.

وعلم أصول الفقه: يحمي عقلية القاضي عن الخطأ في استنباط الاحكام من مصادرها.

وللاسباب المذكورة من نواقص المعهد القضائي القائم في بغداد من الضروري أن يتسارع المسؤولون في حكومة أقليم كوردستان العراق الى فتح معهد قضائي تتوفر فيه شروط اكتساب القاضي الأهلية اللازمة لتحقيق العدالة والمساواة.



الفصل الثاني

التزامات القضاة وحقوقهم

توزع دراسة هذا الموضوع على مبحثين يخصص الأول لالتزامات القضاة، والثاني لحقوقهم.



المبحث الأول

إلتزامات القضاة

يلتزم القاضي الصالح لتحقيق العدالة والمساواة بالوفاء بالالتزامات الأتية: -

١. المحافظة على كرامة القضاء والابتعاد عن كل مايبعث على الريبة والشك في استقامته و تحقيق أهداف القانون من العدالة والمساواة.

٢. كتمان الأمور والمعلومات والوثائق التي يتطلع عليها بحكم وظيفته أو خلالها إذا كانت سرية بطبيعتها أو يخشى من إفشائها إلحاق الضرر بالدولة أو الأشخاص الطبيعيين، ويظل هذا الالتزام قائما ومستمرا حتى بعد إنتهاء وظيفته وخدمته القضائية.

٣. عدم مزاولة الأعمال التجارية ونحوها والاعمال التي لاتليق بمركزه ولا تتفق مع وظيفته القضائية.

٤. أن ينظر في القضايا التي تدخل في نطاق إختصاصه وفي حدود منطقته وأن لايتجاوز هذه الحدود.

٥. أن يتقيد بمبدأ المساواة في تعامله مع المدعي والمدعى عليه بأن يكون محايدا غير منحاز الى أحد الطرفين.

٦. على القاضي أن لا ينحاز الى الدولة وأن لاينتمي إلى أي حزب أياً كانت طبيعته وأن لايكون عضوا في أيه منظمة سياسيه.

٧. أن يخضع للرقابة القضائية في كل مايصدر عنه من الاحكام القضائية وفي تصرفاته الشخصية مالم يكن متمتعا بموجب القانون في الموضوع الذي ينظر فيه بالسلطة القضائية.

٨. أن يمتنع عن تطبيق القوانين غير الدستورية وعليه أن يخبر السلطة التشريعية حول كل قانون غير دستوري وكل مادة غير دستورية.

٩. أن لا يتقيد بحرفية النص في القضايا غير الجزائية إذا وجد أن هذا التقيد يتنافى مع العدالة والمساواة لان النص القانوني يشرع ويعدل ويلغى لأجل تحقيق العدالة والمساواة. فالقانون وسيلة وليس بغاية، ولاقيمة للوسيلة إذا لم تحقق غايتها المشروعة.

أما في القضايا الجزائية فالقاضي رغم تقيده بحرفيه النص على اساس مبدأ (لا جريمة ولا عقوبة الابقانون) عليه أن يحاول تفسير النص أو تأويله أو الأخذ بالظروف الداخلية والخارجية للمتهم متى ماوجد أن التقيد بحرفية النص يتنافى مع العدالة على أن لايؤدي ذلك إلى إستحداث جريمة أو عقوبة جديدة.

وجدير بالذكر أن هذا المبدأ نص عليه دساتير جميع دول العالم في العصر الحديث وتستخلص من هذا المبدأ قواعد عامة يلتزم بها القاضي وأهمها مايلي: -

أ. لا يجرم فعل ولا امتناع إلا إذا عرف بمقتضى قانون صادر قبل إرتكابه بمعنى أن القانون الجزائي لايطبق بأثر رجعي مالم ينص القانون على خلاف ذلك.

ب. الأصل في الاشياء النافعة الاباحة.

ج. المتهم بريء حتى تثبت إدانته.

د. الأصل براءة الذمة من كل مسؤولية جزائية ومدنية إستصحابا لأنه يولد بريئا وعلى القاضي أن يعتبر في كل تهمة تنسب إليه أنه مازال بريئا حتى يثبت خلاف ذلك.

ه. الأصل في الصفات العارضة العدم، ومن البدهي أن الجريمة صفة عارضة توجد بعد أن لم تكن موجودة ولهذا لو تعارضت بينة كل من المدعي والمدعى عليه تقدم بينة الثاني لانها مع الأصل وعلى هذا الاساس ايضا وردت قاعدة البينة على المدعي لأنه يدعي خلاف الأصل واليمين على من انكر لأنه مع الأصل.

و. الأعمال الجرمية محدودة بخلاف الأعمال غير المشروعة الضارة الموجبة للتعويض في القضايا المدنية فأنها لاتخضع للحصر والتحديد.

ز. الشك يفسر لصالح المتهم لأن الاصل هو البراءة.

ح. لامجال للقياس في تجريم فعل أو إمتناع ولا في تقرير عقوبة كما لايجوز توسيع النص الجزائي عن طريق القياس في القضايا الجزائية لأن إستعمال القياس فيها يتنافى مع مبدأ الشرعية.

١٠. إذا تعارضت قاعدة جزائية مقننة غير عادلة مع قاعدة عادلة غير مقننة على القاضي أن يقدم الأولى في العمل على الثانية لأن النص الجزائي المقنن رغم تضمنه لعقوبة قاسية غير عادلة يعلن للناس ماهو مباح وماهو محظور فلا عذر لهم إذا ارتكبوا مايستوجب تطبيق هذا النص عليهم.

هذا من جهة ومن جهة أخرى أن الاستقرار للمواطنين مصلحة عامة ورعاية العدالة في قضية معينة اولى من رعايه مصلحة خاصة لذا تقدم الاولى على الثانية في العمل.

١١. الالتزام بالتقيد بالعمل بمقتضى مبدأ شخصية الجريمة فلا يجوز مساءلة ومحاسبة غير الجاني من أقاربه أو غيرهم على جرم إرتكبه شخص آخر.

وقد نص القرآن الكريم على هذا المبدأ قبل القانون بمئات السنين في أيات كثيرة منها قوله تعالى: ﴿وَلاَ تَكْسِبُ كُلُّ نَفْسٍ إِلاَّ عَلَيْهَا وَلاَ تَزِرُ وَازِرَةٌ وِزْرَ أُخْرَى﴾.[١]

اي لايتحمل نفس مسؤولية جريمة ترتكبها نفس أخرى ومنها قوله تعالى: ﴿وَمَنْ ضَلَّ فَإِنَّمَا يَضِلُّ عَلَيْهَا وَلاَ تَزِرُ وَازِرَةٌ وِزْرَ أُخْرَى﴾[٢].

١٢. الالتزام بالعمل بقاعدة (إذا حصل الاحتمال بطل الاستدلال) فإذا تعارضت بينة المدعي والمدعى عليه ولم يكن هنالك مرجح لترجيح احداهما على الاخرى يجب إهمال العمل بهما لاحتمال الصدق والكذب في البينتين على حد سواء وبناء على ذلك يحصل الاحتمال في كلتيهما وبالتالي يبطل العمل بأية واحدة منهما.

١٣. يلتزم القاضي بأن يحكم بما هو الأصلح للمتهم[٣].

متى يكون القانون الجديد أصلح للمتهم ؟.

يعرف الأصلح من إحدى الطرق الآتية[٤]:

اولا: يلتزم القاضي بالمقارنة بين القانونين (القديم و الجديد) بالنسبة لمتهم معين بالذات مع رعاية ظروفه الخاصة لا بالنسبة الى مجموعة من المتهمين تتفاوت ظروفهم وتحديد الاصلح هو تطبيق للقواعد قانونيةتحدد سلطة النص الجزائي من حيث الزمان (المتى الفلسفي). وتكييف الجديد بأنه أصلح للمتهم من وظيفة القاضي ولا شأن للمتهم به فلا يجوز للقاضي أن يترك الخيار للمتهم ليحدد لنفسه ماهو الأصلح من القانونين.

---

[١] سورة الانعام / ١٦٤

[٢] سورة الاسراء /١٥

[٣] اذا صدر قانون جديد فيما يتعلق بتهمة المتهم قبل ان يصدر الحكم ويكتسب درجة البتات يعمل بما هو الاصلح لمتهم من القانون السابق واللاحق

[٤] ينظر د. محمود نجيب حسني / الموجز في شرح قانون العقوبات المصري /القسم العام / ص ٧٤ ومايليها. د. رؤوف عبيد / مبادىء القسم العام من التشريع العقابي / ص ١٥ ومايليها.

ثانيا: يلتزم القاضي بأن يسترشد بضوابط ومعايير معينة يحدد بها القانون الأصلح للمتهم.

ويكون الجديد أصلح في ضوء المعايير الآتية: -

أ. إذا اباح الجديد الفعل بعد أن جرمه القديم.

ب. إذا خفف الجديد العقوبة.

ج. إذا أقر الجديد مانعا جديدا من موانع المسؤولية الجزائية بأن رفع سن بدء هذه المسئولية كما رفع قانون رعاية الاحداث[1]، هذه السن من إكمال السابعة[2] من العمر الى إكمال التاسعة.

د. إذا أضاف الجديد ركنا أو شرطا جديداً للجريمة لم يكن موجودا في ظل القديم.

ه. إذا قرر الجديد عذراقانونيا معفيا لم يكن موجوداً في القانون السابق.

١٤. أينما ورد تعبير (على المحكمة) أو (تحكم المحكمة) ونحو ذلك يلتزم القاضي بأن يحكم بما ورد في النص.

ومن تطبيقات هذه الصورة ماورد في المادة (٤١) من قانون الاحوال الشخصية القائم من أن (١- لكل من الزوجين طلب التفريق عند قيام خلاف بينهما سواء كان ذلك قبل الدخول أو بعده. ٢- على المحكمة اجراء تحقيق في أسباب الخلاف بينهما فأن ثبت لها وجوده تعين حكما من أهل الزوجة وحكما من أهل الزوج....)[3].

هذه الالتزامات ليست على سبيل الحصر بل هنالك التزامات أخرى لا مجال لاستعراضها فكل ما يفرضه عليه الدستور أو القانون أو أي مصدر أخر يجب عليه القيام به وفاء لالتزامه.

---

[1] رقم ٧٦ لسنة ١٩٨٣ المادة (٤٧) التي نصها (لا تقام الدعوى الجزائية على من لم يكن وقت ارتكاب الجريمة قد اتم التاسعة من عمره)

[2] وكان سن التميز لكمال السابعة من العمر بموجب المادة (٩٧ – ٢) من قانون المدني العراقي رقم ٤٠ لسنة ١٩٥١ التي نصها (سن التميز سبع سنوات كاملة)

[3] ينظر مؤلفنا المنطق القانوني في التصورات ص ٣٩ وما يليها

المبحث الثاني
حقوق القاضي

ذكرنا سابقا ان كل إلتزام يقابله حق يكون موضوعا لهذا الالتزام.

وقد خلط علماء القانون بين محل الالتزام وهو الاداء وموضوعه فجعلوا موضوع الالتزام محلاً له رغم ان محل الالتزام هو الاداء سلباً أو ايجاباً لأن الالتزام من الأحكام التكليفية وهي لا تتعلق بالاعيان وانما تتعلق بالافعال وحقوق كل شخص يجب أن تكون معادلة لالتزاماته كما وكيفاً.

فالمساواة عبارة عن التوازن بين الحقوق والالتزامات فمن يتمتع بحقوق أكثر من إلتزاماته يكون ظالما وغاصبا لحقوق شعبه في حدود الزيادة، كما أن من كلف بالتزامات أكثر من حقوقه يكون مغبونا ومظلوما من قبل شعبه ومجتمعه.

ومن أهم حقوق القاضي مايأتي: -

١. حماية حياته وحياة أسرته داخل المحكمة وخارجها لأن القاضي بحكم طبيعة وظيفته معرض لخطر الاعتداء عليه أكثر من أي موظف أخر في الدولة.
٢. تأمين عيش كريم له ولأسرته بحيث يتلاءم مع مركزه ومنصبه الذي هو من أخطر المناصب والواجبات في العالم، ثم إن نزاهة القاضي في مقدمة صفاته التي تؤهله للنهوض بمهمة القضاء ومن مستلزمات النزاهة توفير جميع حاجياته المعاشية ومتطلباته الحياتية.
٣. تأمين صحته وصحة أسرته ومعالجتهم داخل البلد وخارجه على نفقة الدولة.
٤. أن يقر الدستور أو القانون له بحق حريته في التعبير وممارسة وظيفته متى إلتزم بالشروط القانونية لمايصدر عنه.
٥. أن يكون له حرية الاجتهاد في تفسير النصوص الغامضة وتأويلها كلما دعت العدالة الى هذا التأويل.

وجدير بالذكر أن للقاضي بل عليه الاجتهاد في حالتين: -

احداهما: حالة غياب النص في القضايا غير الجزائية.

والثاني: كون النص ظنى الدلالة بأن يحتمل أكثر من معنى واحد أو حكم ففي هذه الحالة يجب عليه الاجتهاد لتحديد الحكم العادل من بين الاحكام المحتملة.

٦. أن يقر له الدستور أو القانون بالاستقلالية التامة وعدم تدخل السلطة التنفيذية في شؤونه القضائية وعدم تدخل السلطة التشريعية في اجراءاته القضائية مالم يرتكب خطأ.

٧. أن يتمتع بالسلطة التقديرية غير الخاضعة لسلطة قضائية عليا مالم يرتكب خطأ قانونيا في القضايا الخاضعة لسلطته التقديرية.

٨. أن تمنح للمرأة كالرجل حق ممارسة القضاء وبوجه خاص في القضايا الاسرية ومسائل الاحوال الشخصية لأنها أدرى بمشاكل العائلة وأقدر في التصرف بما هو من صالح الاسرة والمجتمع.

وجدير بالذكر أن الله تعالى أعطى المرأة حق ممارسة كافة الوظائف في الدولة إذا كانت متمتعة بمؤهلات تؤهلها للوظيفة التي تتولى ممارستها.

قال تعالى: ﴿وَالْمُؤْمِنُونَ وَالْمُؤْمِنَاتُ بَعْضُهُمْ أَوْلِيَاءُ بَعْضٍ يَأْمُرُونَ بِالْمَعْرُوفِ وَيَنْهَوْنَ عَنْ الْمُنكَرِ﴾[1].

ومن البدهي أن وظيفة الموظف العام في الدولة أو المكلف بخدمة عامة هي الأمر بالمعروف أي بمافيه خير الفرد أو المجتمع أو كليهما، والنهي عن المنكر هو منع كل مايضر بالفرد أو المجتمع أو كليهما.

ومن الواضح أن الموظف العام أو المكلف بخدمة عامة لايعمل سوى ماذكر.

وصيغة (المؤمنات) جمع مؤنث سالم محلى ب(ال) الاستغراق يفيد العموم ويشمل هذا العموم كل من هو أهل للأمر بالمعروف والنهي عن المنكر.

لكن الرسول (ﷺ) أستثنى من هذا العموم منصب رئاسة الدولة[2]، لكن اذا كانت المرأة اصلح للناس من الرجل فتقدم عليه وعلى سبيل المثل رأى العلامة ابو الأعلى المودودى الباكستاني الفقيه الكبير أن انتخاب فاطمة جناح اقل ضررا من انتخاب ايوب خان[3]، لأن هذا المنصب بحكم طبيعته يتطلب الاجتماعات السرية مع الاجانب

---

[1] سورة التوبة /٧١

[2] فقال لن يفلح قوم ولوا امرهم امرأة

[3] ينظر الدكتور يوسف القرضاوي اولويات الحركة الاسلامية في المرحلة القادمة. /ص٢٩.

وغيرهم وهي تتنافى مع صفة الانوثة للمرأة فالمنع ليس لنقص أهلية المرأة أو عدم إستحقاقها لهذا المنصب وإنما هو لسد الذرائع أي منع ماهو مشروع إذا كان من شأنه أن يؤدي الى نتيجة غير مشروعة.

٩. أن يتمتع القاضي سنويا بالاجازات الاعتيادية لأخذ الراحة الكافية لاستعادة نشاطه وحيويته.

١٠. منحه اجازات دراسية في الدراسات العليا (الماجستير والدكتوراه) وفي الدراسات التخصصية في حقل إختصاصه مع اعتبار الاجازة خدمة قضائية وبراتب تام مع منح القدم له إذا أجتاز إحدى تلك المراحل بنجاح.

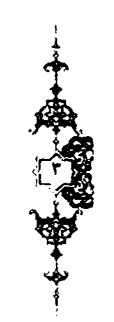
١١. ترقيته الى درجة أعلى كلما توافرت فيه شروط هذه الترقية وعدم تحديد سن معينة له لاحالته الى التقاعد لأن القاضي كلما زادت ممارسته للقضاء إزدادت خبرته والخبرة من أهم الصفات التي تدر بالخير على الفرد والمجتمع.
وأرى أن يكون هذا المقترح إذا قبل وعمل به أن يشمل أساتذة الجامعات أيضا لنفس السبب.

١٢. تخصيص مجمع متقدم متطور يكون خاصا بالقضاة لتقليل اختلاطهم بالغير حفاظا على شخصيتهم ومركزهم وإستبعادا لتأثرهم بالوساطات وبالتالي منعهم لانحيازهم على حساب العدالة والمساواة.

١٣. توفير الاجهزة الحديثة له في المحكمة وفي بيته للاتصال الدائم بالعالم الخارجي والاطلاع على الاجراءات القضائية الخارجية الحديثة والوسائل المتطورة لارتكاب الجرائم.

١٤. إمتيازهم بألبسة خاصة تختلف عن البسة عامة الناس للحفاظ على هيبتهم وشخصيتهم.

ويفضل أن يكون للقاضي نوعان من الالبسة الخاصة نوع يستعملها أثناء وجوده في المحكمة والنوع الاخر يكون للمناسبات خارج المحكمة.



الفصل الثالث

طرق الأستنباط والتكييف

توزع دراسة عنوان هذا الفصل على مبحثين يتناول أولهما طرق استنباط الاحكام والثاني تكييف التصرفات القانونية والوقائع القانونية التي ينظر فيها قاضي الموضوع.



المبحث الأول
طرق استنباط الاحكام القضائية من النصوص

لاجل تحقيق العدالة وتأكيد المساواة بين أفراد المجتمع أعطت العلوم العقلية واللغوية الآلية (أصول الفقه والمنطق والفلسفة واللغة) للقاضي مساحة واسعة لاستنباط الاحكام في القضايا التي ينظر فيها سواء كانت جزائية أو مدنية على أساس العلة الغائية للنصوص ومطاطية ألفاظها وتعابيرها.

ويمكن إرجاع إستقاء الاحكام من ينابيعها الى القنوات الست الأتية: -

القناة الاولى: - المنطوق الصريح:

وهو ما تدل عليه ألفاظه وعباراته دلالة مطابقية أو تضمنية كما في المادة (٤٠٥) من قانون العقوبات العراقي القائم[1] على أنه: (من قتل نفسا عمدا يعاقب بالسجن المؤبد أو المؤقت) فهي تدل بألفاظها وعباراتها على منطوق صريح وهو أن جزاء القتل العمد العدوان البسيط أي غير مقترن لا بظرف مشدد ولابظرف مخفف هو السجن المؤبد أو المؤقت يختار القاضي إحدى العقوبتين حسب ما يراه في ضوء رعاية المصلحة العامة ومصلحة المتهم فدلالة هذا النص على مجموع العقوبتين مطابقية وعلى كل واحدة منهما ضمن المجموع تضمنية.

وكما في المادة (٧٢٩) من القانون المدني العراقي القائم[2] التي تنص بمنطوقها الصريح على أن (خيار الشرط لايورث فإذا مات المخير سقط خياره).

فالحكم المنطوق به صراحة في هذه المادة هو أن خيار الشرط في عقد الايجار لاينتقل الى الورثة سواء كان الخيار للمؤجرأو المستأجر أو كليهما.

---

[1] رقم ١١١ لسنة ١٩٦٩

[2] رقم ٤٠ لسنة ١٩٥١

القناة الثانية: - إقتضاء النص:

مفاده أن النص المنوي تطبيقه في الموضوع فيه نقص تركه المشرع إمـا خطـأ أو جهـلاً أو لكونه واضحا يمكن تدراكه بسهولة من قبل القاضي.

وفي جميع الاحوال على قاضي الموضوع الذي يروم تحقيق العدالة أن ينهض باكمـال هـذا النقص وضم ضميمة اليه لاكماله وجدير بالذكر أن ظاهرة النقص كما تحدث في النصـوص القانونية قد توجد في القواعد القانونية ومن تطبيقات هذه القناة مايلي:

أ- المـادة (٢) مـن القـانون المـدني العراقـي القـائم (لامسـاغ للاجتهـاد في مـورد النص) أي في نص تكون دلالته على الحكم قطعية ومن أمثلة ذلك للمادة (١٦٩) من قانون أصول المحاكمات الجزائية القائم[١]، التي تدل دلالة قطعيه على أنه (يجب أن تنصب الشهاده على الوقـائع الـتي يسـتطيع الشـاهد إدراكهابإحـدى حواسـه) لأن الشهادة مأخوذة من المشاهدة بمعنى العلم لا بمعنى الرؤيه.

أما اذا كان النص ظني الدلالة بأن يحتمل أكثر من معنى أو حكم واحد فيجب على القاضي أن يجتهد حتى يختار المعنى الملاءم للعدالة وعلى سبيل المثل قـال تعـالى في القران الكريم: ﴿إِنِ امْرُؤٌ هَلَكَ لَيْسَ لَهُ وَلَدٌ وَلَهُ أُخْتٌ فَلَهَا نِصْفُ مَا تَرَكَ﴾[٢].

فالولد في لغة العرب يشمل الذكر والانثى وفي عرف العرب خـاص بالـذكر فدلالـة الاية على أحد المعنيين دون الاخر ظنية لاحتمال ان يكون المقصود هو المعنى الاخر.

لذا اجتهد الفقهاء في تحديد المعنى للمراد من هذه الاية فذهب فقهاء أهـل السـنة الى أن المقصود منه هو المعنى العرفي (الذكر). بينماذهب فقهاء الشيعة الامامية الى أن المراد هو المعنى اللغوى الشامل للذكروالانثى.

وترتب على هذا الاختلاف أن من توفى عن بنت واخت لاتـرث أختـه عنـد الشـيعة الامامية وترث الباقي عند فقهاء أهل السـنة.

ب- المادة (٩٥) من قانون رعاية القاصرين العراقي القائم[٣]:

التي تنص على انه (يعتبر يوم صدور الحكم بموت المفقود تاريخا لوفاته).

---

[١] رقم ٢٣ لسنة ١٩٧١

[٢] سورة النساء / ١٧٦

[٣] رقم ٧٨ لسنة ١٩٨٠ المعدل

فالعدالة تقتضي أن يقوم القاضي حين التطبيق بأضافة الجملة الأتية الى هذه المادة (مالم يستند الحكم الى تاريخ سابق) والا فيؤخذ بهذا التاريخ السابق لتحديد يوم وفاته.

ج- وكالمادة (٨٧٥) من مشروع القانون المدني العراقي الذي لم ير النور لحد الأن (للموكل في أي وقت أن يعزل وكيله أو يقيد وكالته وللوكيل أن يتنحى عن الوكالة) وهذه المادة تقتضي أن تضاف إليها العبارة الأتية (مالم يتعلق بها حق للغير).

لما أذا تعلق بها حق للغير كتعلق حق الدائن المرتهن في بيع المرهون متى لم يحصل على دينه وكان هناك وكيل للمدين الراهن وهو خارج العراق ففي هذه الحالة لايستطيع أن يعزل الوكيل لتعلق حق الدائن المرتهن بالمال المرهون.

د- قاعدة (لاتركه الابعد سداد الدين) فهذه القاعدة بوضعها الحالي مرفوضة لعدم صحتها ولاعتبارها صحيحة تقتضي أن تعدل كالاتي: (لانفاذ لتصرف الورثة في التركه المدينة الابعد سداد الدين) [1] لان التركة المدينة بمثابة الرهن لضمان دين الدائن فالمتوفى بعد خراب ذمته بالوفاة يتعلق دينه بتركته ورغم ذلك تنتقل التركة الى ورثته[2].

هـ- قاعدة (الجواز الشرعي ينافي الضمان)[3] فهذه القاعدة تقتضي أن تضاف اليها كلمة (الأصلي) أي الجواز الشرعي الأصلي ينافي الضمان وعلى سبيل المثل من حفر بئرا في حديقته أو بستانه فوقع فيه شيء فتلف لايكون ضامنا لأن الحفر عمل مباح ولا يترتب على المباح الضمان.

و- قاعدة (الجواز الشرعي لاينافي الضمان) أي الجواز الشرعي الاستثنائي فيجب ضم قيد (الاستثنائي) الى هذه القاعدة فمن أكل مال الغير بدون إذنه تحت ضغط الجوع الذي يعرض حياته أو سلامته للخطر لايسأل مسؤولية جزائية ولا يعاقب ولكن يبقى

---

[1] او بعد اذن الدائن

[2] يقول الشيخ معروف النودهي الكوردي في كتابه (قطر العارض):

والدين لايمنع من أن يملكا ورثة الميت ماقد تركا

لكن به علق كالمرهون لانه احوط للمدفون

فلم يكن تصرف فيه نفذ من وارث اذن الغريم مااخذ.).

[3] المادة (٩١ من مجلة الاحكام العدلية)

ضامنا لما أكله بدون الأذن فأذا طالب صاحبه بالتعويض فيجب عليه دفعه له للقاعدة (الاضطرار لايبطل حق الغير)[١] أي حق الغير بمطالبة التعويض.

أما قاعدة (الضرورات تبيح المحظورات) فهي خطأ شائع لايغتفر فالضرورات في أموال الناس لاتبيحها وإنما تجيزها فيجب تعديل القاعدة كالاتي (الضرورات تجيز المحظورات) لأن الاباحة تتعارض مع المسؤولية المدنية كالمسؤولية الجزائية.

القناة الثالثة: إشارة النص:

مضمون إشارة النص هو أن يدل دلالة الألتزام على حكم مشار إليه فيه كما في المادة (١/٣٧٨) من قانون العقوبات العراقي القائم التي تنص بمنطوقها الصريح على أنه (لايجوز تحريك دعوى الزنى ضد أي من الزوجين أواتخاذ أي إجراء فيها إلا بناء على شكوى الزوج الأخر) وتطابقها المادة (١/٣) من قانون أصول المحاكمات الجزائية العراقي القائم.

وتدل بمنطوقها غير الصريح دلالة إشارة على أن جريمة زنى أحد الزوجين إعتداء على حق خاص للزوج الأخر فله التنازل حتى بعد صدور الحكم.

خلافا للشريعة الاسلامية التي تعتبر الزنى مطلقا جريمة سواء كانت العملية من المتزوجين أو من غيرهما قال تعالى: ﴿وَلاَ تَقْرَبُوا الزِّنَى إِنَّهُ كَانَ فَاحِشَةً وَسَاءَ سَبِيلاً﴾[٢] ولكل إنسان بالغ عاقل مختار أن يحرك الدعوى ضد الزاني والزانية سواء كانا متزوجين أو لا، لأنه من باب الأمر بالمعروف والنهي عن المنكر.[٣] غير أن الرسول (ﷺ) أمر بالستر في الجرائم الاخلاقية فقال: (من ستر على أخيه ستر الله عليه يوم القيامة)، والأخ يشمل الأخت ايضاً. ثم ان القرآن أقر ثلاث عقوبات لكل من يتهم شخصا (ذكرا أم أنثى) بتهمة أخلاقية، إذا لم يثبتها باربعة شهداء، فقال سبحانه وتعالى: ﴿وَالَّذِينَ يَرْمُونَ الْمُحْصَنَاتِ[٤] ثُمَّ لَمْ يَأْتُوا بِأَرْبَعَةِ شُهَدَاءَ فَاجْلِدُوهُمْ ثَمَانِينَ جَلْدَةً وَلاَ تَقْبَلُوا لَهُمْ شَهَادَةً أَبَداً وَأُولَئِكَ هُمُ الْفَاسِقُونَ، إِلاَّ الَّذِينَ تَابُوا مِنْ بَعْدِ ذَلِكَ وَأَصْلَحُوا فَإِنَّ اللَّهَ غَفُورٌ رَحِيمٌ﴾[٥].

---

[١] المادة (٣٣ المجلة)

[٢] سورة الاسراء / ٣٢

[٣] ولانه اعتداء على حق المجتمع اي على قيمه واخلاقه بصورة عامة

[٤] اي الشريفات

[٥] سورة النور / ٤

وفلسفة هذه العقوبات الثلاث هي قطع الالسنة من التطاول على أعراض الناس[١].

القناة الرابعة: - ايماء النص:

اي دلالته بمنطوقه غير الصريح على أن الحكم الوارد فيه معلل بعلة يدور معها وجودا وعدما فأذا تحققت على القاضي أن يحكم بالمنطوق وإذا تخلفت لايحكم به. ومن تطبيقاته المادة (٢٨٧) من قانون الاصول المحاكمات الجزائية العراقي القائم التي نصها (إذا وجدت المحكوم عليها بالاعدام حاملا عند ورود الأمر بالتنفيذ فعلى ادارة السجن إخبار رئيس الادعاء العام ليقدم مطالعته الى وزير العدل بتأجيل تنفيذ الحكم أو تخفيفه ويقوم وزير العدل برفع هذه المطالعة الى رئيس الجمهورية وإذا كان الامر المحدد يقضي بتنفيذ عقوبة الاعدام فلا تنفذ إلا بعد مضي أربعة أشهر من تاريخ وضع حملها سواء. وضعت قبل ورود هذا الامر أوبعده وهذا النص يدل دلالة ايماء بمنطوقه غير الصريح على أن علة تأجيل الحكم هي حماية حياة الطفل وإذا ثبت بالطرق العلمية الحديثة أن الحمل غير موجود أو أن الجنين ميت في بطن أمه لايؤجل التنفيذ وكذا إذا مات الطفل بعد الولادة وقبل إنتهاء أربعة اشهر.

القناة الخامسة: المفهوم الموافق للنص:

بأن يكون حكم المسكوت عنه موافقا لحكم المنطوق به لاتحاد الحكمين في العلة ومن تطبيقات هذه الصورة: -

١- المادة (٢٣٧) من قانون العقوبات المصري التى تدل بمنطوقها الصريح على أن (من فأجأ زوجته حال تلبسها بالزنا وقتلها في الحال ومن يزنى بها يعاقب بالحبس). وتدل بمفهومها الموافق على انه إذا اصابهما بعاهة مستديمة أو بضرب مفض الى الموت يعاقب بالحبس من باب أولى لاشتراك المنطوق به والمسكوت عنه في علة تخفيف الحكم

---

[١] عقوبة الجلد هي عقوبة مشتركة بين الحق العام والحق الخاص (اي حق المقذوف) فلا اثر للتوبة في اسقاطها بخلاف العقوبة الثانية (عدم قبول الشهادة) والثالثة (وصمةعار الفسق) فانهما يسقطان بالتوبة والاصلاح خلافا للحنفية حيث ذهبوا الى ان الاستثناء يعدد الى العقوبة الاخيرة فقط بناء على قاعدة (ان القيد اذا دار بين القريب والبعيد يرجع الى القريب ما لم تدل قرينة على خلاف ذلك) ولان الاستثناء للضرورة والضرورات تقدر بقدرها فيكفي لرفع هذه الضرورة رجوع القيد الى العقوبة الثالثة (وصمة عار الفسق)

أي الحبس وهي عبارة عن ذلك الظرف والمنظر البشع الذي فأجاه الزوج وأثر على أعصابه وإرادته.

وحسنا فعل المشرع العراقي في إدراج هاتين الحالتين ضمن المنطوق الصريح حيث نصت المادة (٤٠٩) من قانون العقوبات القائم على أنه (يعاقب بالحبس مدة لاتزيد على ثلاث سنوات من فاجأ زوجته أو إحدى محارمه في حالة تلبسها بالزنا أو وجودها في فراش واحد مع شريكها فقتلهما في الحال أو قتل احدهما أوأعتدى عليهما أو على أحدهما اعتداء أفضى الى الموت أو الى عاهة مستديمة).

ب -حرم القرآن بالمنطوق الصريح تأفيف الاولاد للآباء بقوله تعالى: ﴿فَلاَ تَقُلْ لَهُمَا أُفٍّ وَلاَ تَنْهَرْهُمَا وَقُلْ لَهُمَا قَوْلاً كَرِيمًا﴾[1]. وبالمفهوم الموافق حرم الضرب ونحوه من باب أولى. ويمكن أن يقال ذكر القران تعبير (أف) وأراد به جميع الايذاءات فهو من باب ذكر الخاص وإرادة العام.

ج - حرم القرآن بالمنطوق الصريح كنز الذهب والفضة وعدم إستثمارهما في التنمية الاقتصادية والاجتماعية وعدم إنفاقهما في المصالح الخاصة والعامة في قوله تعالى: ﴿وَالَّذِينَ يَكْنِزُونَ الذَّهَبَ وَالْفِضَّةَ وَلاَ يُنفِقُونَهَا فِي سَبِيلِ اللّهِ فَبَشِّرْهُم بِعَذَابٍ أَلِيمٍ﴾.[2]

فحرم بالمنطوق الصريح كنز الذهب والفضة وبالمفهوم الموافق حرم كل عملة معدنية أوورقية حلت محل الذهب والفضة في التعامل والتداول بين الناس.

القناة السادسة: المفهوم المخالف:

يكون الحكم المفهوم المخالف مخالفا لحكم المنطوق الصريح كلما تخلف القيد الوارد في النص المعتبر في حكم المنطوق به صراحة لأن هذا القيد بمثابة شرط لتطبيقه، فالمشروط ينتفي بأنتفاء شرطه ومن تطبيقات هذه الحالة:

أ. المادة (٣٩) من قانون العقوبات العراقي القائم تنص بمنطوقها الصريح على أنه (لاجريمة اذا وقع الفعل قياما بواجب يفرضه القانون)

فقيد (قيام بواجب يفرضه القانون) معتبر في تجريد الفعل الجرمي من صفته الجرمية وتحويله الى عمل مباح اذا كان القيام بفعل جرمي أداء واجب يفرضه القانون.

---

[1] سورة الاسراء / ٢٣

[2] سورة التوبة / ٣٤

ومفهومها المخالف أن الفعل لايتحول الى المباح بل يحتفظ بصفته الجرمية اذا لم يكن قياما بواجب يفرضه القانون ولم يكن هنالك سبب أخر من أسباب الاباحة.

ويشترط لتطبيق المنطوق الصريح لهذه المادة توفر الشروط الأتية: -

١- أن يكون العمل صادرا ممن ينطبق عليه صفة الموظف العام أو المكلف بخدمة عامة.
٢- أن يكون العمل تنفيذا لما يأمر به القانون.
٣- أن يتمتع المنفذ بسلطة تقديرية.
٤- أن يكون هنالك سبب يبرر أستعمال السلطة التقديرية.
٥- أن يكون العمل مطابقا للقانون من حيث الشكل والموضوع.
٦- أن يقصد الموظف في عمله تحقيق غاية يستمد منها القانون في تخويل السلطة.

فأذا تخلف شرط من هذه الشروط على القاضي أن لايعتبر العمل مباحا بل يبقى محتفظا بصفته الجرمية التي عبارة عن مفهوم مخالفة النص المذكور.

ب. ومن تطبيقات القناة السادسة ايضا المادة (١/١٢٩) من القانون المدني العراقي القائم التي نصها (يجوز ان يكون محل الالتزام معدوما وقت التعاقد اذا كان ممكن الحصول في المستقبل وعين تعيينا نافيا للجهالة والغرر)

فالمنطوق الصريح لهذه الفقرة هو (جواز بيع المعدوم) إذا توفر القيدان الواردان فيها فأذا تخلف احدهما أو كلاهما على القاض أن يطبق المفهوم المخالف للمنطوق وهو (عدم جواز بيع المعدوم) وبالتالي بطلان العقد.

ويلاحظ ان المشرع العراقي خلط بين محل العقد ومحل الالتزام فالصواب أن يقال (اذا كان محل العقد معدوما وقت التعاقد لان محل الالتزام دائما يكون عملا من أعمال الانسان وهو موضوع الالتزام وليس محله ومن أخطاء القانون المدني العراقي ايضا ماجاء في الفقرة الاولى من المادة الاولى منه التي نصها (١- تسري النصوص التشريعية على جميع المسائل التي تتناولها هذه النصوص في لفظها أو في فحواها).

فهذه المادة أعطت للقاضي قناتين فقط لاستقاء الاحكام لأن تعبير (في لفظها) لايشمل الا المنطوق الصريح وتعبير (في فحواها) لايشمل الامفهوم الموافقة. ووقع المشرع في نفس الخطا في الفقرة الاولى من المادة الاولى من قانون الاحوال الشخصية العراقي المعدل القائم.

كما وقع نفس الخطأ في الفقرة الاولى من المادة الاولى من كل من القانون العقوبات المصري القائم[1] والقانون المدني المصري القائم[2]. وخطأ المشرع العراقي حصل تقليدا للمشرع المصري بالاضافة الى أن رئيس لجنة وضع مشروع القانون المدني العراقي الحالي كان المرحوم السنهوري.

---

(١) رقم ٥٨ لسنة ١٩٣٧

(٢) رقم ١٣١ لسنة ١٩٤٨

المبحث الثاني

تكييف التصرفات والوقائع

تكييف التصرفات القانونية والوقائع القانونية يـأتي في مقدمـة الصعوبات القانونيـة والاجرائية التي يواجهها القاضي كما أنه من الضـروريات الـتي لايمكـن إهمالهـا لتوقـف فكرتي العدالة والمساواة على هذا التكييف من جهة ومن جهة أخرى أن القاضي لايستطيع أن يحدد النص الواجب التطبيـق في القضـية الـتي ينظرفيهـا مـا لم يحـدد مقـدما الصـفة القانونية للموضـوع سـواء كان تصرفا قانونيا أو واقعة قانونية.

ولحد الأن لم أطلع في القوانين وشروحها على معيـار موضـوعي للتمييـز بـين التصـرف والواقعة بل نجد تعريفات ومعايير للتمييز وهي مرفوضة في المنطق القانوني.

والتعريف المعروف المشهور للتصرف القانوني هو أنه (اتجاه الارادة نحو إحداث إثـر يعتـد به القانون).

وهذا التعريف غير صحيح وغير منطقي للاوجه التالية: -

أ- إتجاه الارادة يعني تعلق الارادة والتصـرف عبـارة عـن المتعلـق والفـرق بـين التعلـق والمتعلق واضح وضـوح الشمس في نصف النهار.

ب- التصرف مطلقا من صـنع قدرة الانسان دون إرادته لان كل عمـل إختياري يقدم عليه الانسان يتعلق به إدراكه أولاً ثم ارادته ثم قدرته، فالقدرة تابعة للارادة والارادة تابعة للادراك فاعمـال الانسان التي تصدر عنه من خلق قدرته دون ارادته.

جـ- التصرفات سـواء كانت قانونية أوغيرهـا تشـمل الأقـوال والافعـال وفي حصـرها في الأقوال مخالفة للغة وعرف العرب وكـذلك حصـرها في التصـرفات القولتـه مخـالف للواقع.

د- حصر التصرفات القولية في العقد والارادة المنفردة رغم عموميتها وشموليتهـا لهمـا ولغيرهما ايضا مرفوض في المنطق القانوني وبناء على ذلك أقترح أن يعرف التصـرف

القانوني والواقعة القانونية بالأتي (التصرف القانوني كل مايصدر عن انسان مميز عاقل مختار من شأنه ان يرتب علية القانون اثرا قانونيا).

وبناء على هذا التعريف يجب أن يتوفر في كل حدث يعد تصرفا قانونيا العناصر التالية:

١- إن يكون الحدث صادرا عن الانسان وكل مايصدر عن الحيوان أو الطبيعة واقعة.
٢- إن يكون من انسان مميز فكل مايصدر عن الصبي غير المميز واقعة.
٣- أن يكون من انسان عاقل فكل مايصدر عن المجنون واقعة.
٤- أن يكون من إنسان مختار فكل مايصدر عن المضطر أو المكره واقعة.
٥- ان يكون واعيا فكل مايصدر عن السكران و النائم والمغمى عليه والمخرف ونحو ذلك واقعة.
٦- أن يكون من شأنه ان يرتب عليه القانون أثرا قانونيا فالاعمال والاقوال الاعتيادية التي تصدر عن الانسان بارادته المنفردة أوبتعاون إرادتين فأكثر حين إحتكاك الناس بعضهم ببعض ولا يرتب عليها القانون أثارا قانونية لاتندرج تحت التصرفات القانونية والوقائع القانونية.

تطبيقات التكييف:

تكييف كل مايكون مشمولا بالتصرف القانوني أو الواقعة القانونية هو إعطاؤه صفة القانونية لاخضاعه لمادة معينة شرعت لأجل تطبيقها عليه وعلى نظائره.

وبتعبير آخر تطويعه لاخضاعه لنص قانوني معين. ونتناول هذا الموضوع باستعراض نماذج في القضايا المدنية والجزائية.

اولاً: من تطبيقات التكييف في القضايا المدنية تكييف العقد:

والعقد عرفته المادة (٧٣) من قانون المدني العراقي القائم بأنه (ارتباط الايجاب الصادر من أحد العاقدين بقبول الأخر على وجه يثبت أثره في المعقود عليه).

ويلاحظ على هذا التعريف أنه ناقص فكان المفروض أن تكون نهاية التعريف كالاتي (على وجه يثبت أثره في المعقود عليه والعاقد) لأن أثار العقد إما حقوق فهي تكون في المعقود عليه أو التزامات وهي تكون على العاقد، ففي عقد البيع مثلا الأثر في المعقود

عليه (المبيع، الثمن) إنتقال ملكية للمبيع الى المشتري وملكية الثمن الى البائع، والتزامات العاقدين (التسليم والاداء) (تسليم المبيع، واداء الثمن).

ويمكن تقسيم تكييف العقد الى ثلاثة أقسام: -

القسم الاول: - التقسيم الثلاثي من حيث التكييف الى العقد الصحيح والباطل والقابل للابطال وهو تقسيم الفقه الغربي وقد تاثربه بعض القوانين العربية المدنية كالمصري[١] والسوري[٢] واللبناني[٣] والكويتي[٤].

١. العقد الذي تتوافر جميع اركانه وشروطه ويكون سالما من عيوب الارادة[٥] يكييف بأنه عقد صحيح ويخضع للنصوص القانونية التي تعالج عناصره وأحكامه.
٢. العقد الذي يتخلف فيه ركن من اركانه أو شرط من شروط إنعقاده أوكان معيب المحل لوالسبب يكيف بانه عقد باطل يخضع للنصوص التي تتولى معالجة مايترتب عليه من الاحكام.
٣. العقد الذي تتوافر أركانه وشروطه ولكن يختل فيه ركن الرضا يكييف بانه عقد قابل للابطال أي لمن تقررت له قابليه الابطال إلغاؤه.

وجدير بالذكر أن القابل للابطال في الفقه الغربي يشمل كلا من العقد الموقوف والعقد النافذ غير اللازم في بعض القوانين المدنية المتأثرة بالفقه الاسلامي كالقانون المدني العراقي[٦] و الاردني[٧] واليمني[٨].

القسم الثاني: - التقسيم الرباعي من حيث التكييف وهو ماتبناه جمهور فقهاء الشريعة الاسلامية وأخذ به بعض القوانين كالقانون المدني العراقي[٩].

---

[١] رقم ١٣١ لسنة ١٩٤٨

[٢] رقم ٨٤ لسنة ١٩٤٩

[٣] الصادر في اذار ١٩٣٢

[٤] رقم ٦٧ لسنة ١٩٨٠

[٥] وهي الاكراه والتغرير والغلط والاستغلال

[٦] رقم ٤٠ لسنة ١٩٥١.

[٧] رقم ٤٣ لسنة ١٩٧٦

[٨] رقم ١٩ لسنة ١٩٩٢.

[٩] رقم ٤٠ لسنة ١٩٥١

١. العقد الذي ينفذ صحيحا ولكن لاتترتب عليه الاثار من الحقوق والالتزامات الابعد إجازته ممن له حق الاجازة يكييف بأنه عقد صحيح موقوف كعقد الفضولي وعقد ناقص الاهلية[١].
٢. العقد الذي تتوافر فيه شروط الانعقاد ويكون معرضا للفسخ من كل من العاقدين كعقد الاعارة وعقد الوكالة أويكون قابلا للفسخ من أحد العاقدين دون الاخر بارادته المنفردة كعقد الكفالة يحق للمكفول له فسخه دون الكفيل وعقد الرهن للدائن المرتهن حق فسخه دون المدين الراهن ييكيف بانه عقد صحيح نافذ (تترتب عليه الاثار) غير لازم (قابل للفسخ) ويخضع للنصوص القانونية التي تتناول عناصره وأحكامه.
٣. العقد الذي تتوافر فيه شروط الانعقاد والصحة والنفاذ واللزوم يكيف بانه عقد صحيح نافذ لازم (غير قابل للفسخ بالارادة المنفردة) ويخضع للنصوص التي خصصت لعناصره وأحكامه.
٤. كل عقد تخلف فيه ركن من اركانه أوشرط من شروط إنعقاده يكييف بانه باطل يخضع للنصوص القانونية التي عالجته.

القسم الثالث: - التقسيم الخماسي وهو عبارة عن التقسيم الرباعي المذكور آنفا بالاضافة الى قسم خامس إبتكره بعض فقهاء الاسلام (كالحنفية) وأخذ به المشرع العراقي في قانون الاحوال الشخصية القائم[٢]، والمدني الاردني القائم[٣]، والمدني اليمني القائم[٤].

وهذا القسم هو أن كل عقد أذا كان مشروعا بأصله وغير مشروع بوصفه يكيف بأنه فاسد.

---

[١] من أسباب توقف العقد عدم الاهلية الكافية لممارسة التصرف كعقد ناقص الاهلية أو عدم الولاية على محل العقد كعقد الفضولي (بيع مال الغير أو الشراء له بدون نيابة) أو تعلق حق الغير كالوصية في الزيادة من الثلث موقوفة على إجازة الورثة بدون وفاة المورث.

[٢] المادة (٦) والمادة (٢٣) منه

[٣] رقم ٤٣ لسنة ١٩٧٦

[٤] رقم ١٩ لسنة ١٩٩٢

فساد العقد عند من يفرق بينه وبين الباطل يكون للاسباب الأتية: -

١. التفريق بين الاختيار والرضا فالاول مباشرة السبب والثاني الرغبة في ترتب الاثار على السبب. فهما ركنان معنويان إذا تحققا معا يكون العقد صحيحا وإذا تخلفا معا يكون العقد باطلاً، وإذا تحقق الاختيار دون الرضا يكييف بانه فاسد، ولايتصور وجود الرضا بدون الاختيار.
٢. التفريق بين النهي عن الشيء لذاته والنهي عنه لوصفه اللازم فالاول يكيف بالباطل كبيع المخدرات والثاني يكيف بالفاسد كالعقد الربوي.
٣. التفريق بين أصل العقد ووصفه فأذا تخلف الأصل يكيف العقد بالباطل، وإذا تخلف الوصف يكيف بانه فاسد.

أ- أصل العقد ووصفه:

أصل العقد عبارة عن الشروط ألاتية:

١- مطابقة الايجاب والقبول.
٢- اتحاد مجلس الايجاب والقبول
٣- التمييز في المعاوضات والعقل في التبرعات.
٤- تعدد العاقد حقيقة أوحكما[1].
٥- كون المحل معينا أوقابلا للتعيين.
٦- كون المحل قابلا للتعامل
٧- كون المحل قابلا للتسليم.

ب- وصف العقد:

الشروط الثلاثة الاولى المذكورة لاتحتاج الى وصف مكمل بخلاف الاربعة الباقية فهي تحتاج الى وصف مكمل كالاتي: -

١. التمييز أو العقل الذي يتركز عليه عنصر الرضا يحتاج الى وصف مكمل وهو خلوه من الاكراه فعقد المكره فاسد.
٢. كون محل العقد معينا أوقابلا للتعيين يحتاج الى وصف مكمل وهو خلوه من الغرر.

---

[1] كأن يشتري من وكل ببيع مال لنفسه بعد اذن الموكل.

٣. كون المحل قابلا للتعامل يحتاج الى وصفين مكملين وهما خلوه من الربا فالعقد الربوي فاسد وخلوه من الشرط الفاسد. فالعقد المقترن بالشرط الفاسد بأن يكون مخالفا لمقتضى العقد يكون فاسداً

٤. كونه قابلا للتسليم يحتاج الى وصف مكمل وهو خلوه من الضرر حين التسليم فكل تسليم يترتب عليه الضرر يكون فاسداً.

والفاسد والباطل مترادفان عند جمهور فقهاء الشريعة وبه أخذ المشرع العراقي في القانون المدني القائم لكن أخذ بالتقسيم الخماسي في قانون الاحوال الشخصية كما ذكرنا.

وعلل ابو حنيفة (رحمه الله) فلسفة التفرقة بين الفاسد والباطل بأنه لو اعتبر العقد المشروع بأصله وغير المشروع بوصفه صحيحا للزمت التسوية بينه وبين المشروع بأصله ووصفه وهذا يأباه العقل السليم والمنطق ولو أعتبر باطلا للزمت التسوية بينه وبين غير المشروع بأصله ووصفه وهذا أيضا خلاف العقل والمنطق.

ثمرة التمييز بين الباطل والفاسد:

١. في المعاملات المالية: اذا أزيل سبب الفساد في العقد الفاسد يتحول تلقائيا الى صحيح وعلى سبيل المثل في العقد الربوي اذا تنازل المرابي عن الفائدة يتحول الى صحيح.

وفي عقد المكره اذا اجاز بعد زوال اثر الاكراه يتحول الى صحيح.

بخلاف الباطل فأذا أزيل سبب البطلان لايتحول الى صحيح بل يجب إستئنافه من جديد بمعزل عن سبب البطلان.

٢. في الاحوال الشخصية: الدخول في الزواج الباطل يعتبر جريمة الزنى بالنسبة لمن يعلم بالبطلان من الزاني والزانية بخلاف الدخول في الزواج الفاسد فانه تترتب عليه الاثار الشرعية الآتية:

أ. نسب الولد الناتج من هذا اللقاء الجنسي يكون مشروعا فلا فرق بينه وبين النسب في الزواج الشرعي الصحيح من حيث الحقوق والالتزامات.

ب. تثبت قرابة المصاهرة بين أصول وفروع الداخل والمدخول بها.

ج. تجب العدة على المدخول بها.

د. يجب للمدخول بها مهر المثل تعويضا عن الضرر الأدبي (المعنوي) الحاصل من الدخول.

هـ. تسقط عقوبة الزنى من كل من الداخل والمدخول بها رغم علمهما بفساد العقد وذلك لوجود شبهة الحلال فيه بسبب قيام الزواج صورة.

٣. في العبادات:

من نذر على نفسه أن يصوم يوما بدون تحديده فصام يوم العيد تسقط مسؤولية الصائم ولايكلف بالصيام في يوم آخر خلافا لمن لايفرق بين الفاسد والباطل حيث يرى أن التكليف لايسقط بالصيام في يوم العيد.

وجدير بالذكر أن المرحوم السنهوري قال في كتابه مصادر الحق وقد أثنى فقهاء القانون على صنيع أبي حنيفة في تمييزه بين الباطل والفاسد لانه أنقذ كثيرا من المعاملات المالية من الانهيار.

ثانيا: من تطبيقات التكييف في المسائل الجزائية:

من تطبيقات تكييف المسائل الجزائية تكييف الجرائم الماسة بحياة الاشخاص وسلامة أجسادهم.

الجريمة: - كل محظور من شأنه أن يعاقب عليه يكييف بأنه جريمة.

الاركان العامة المشتركة بين الجرائم:

كل مايتوقف عليه الشيء ويكون جزءاً من ماهيته يكيف بأنه ركن.

والاركان العامة المشتركة بين الجرائم ثلاثة: - الركن الشرعي والركن المادي والركن المعنوي.

الركن الشرعي: كل صفة غير مشروعة خاضعة لنص تجريمي خالية من سبب من أسباب الاباحة تكييف بانها الركن الشرعي.

ويتوقف الركن الشرعي على توافر عنصرين:

١. الخضوع لنص تجريمي
٢. عدم الخضوع لسبب من أسباب الاباحة.

الركن المادي: كل نشاط صادر عن الانسان بنية إحداث نتيجة جرمية حصلت مع علاقة السببية بينهما يكيف بأنه الركن المادي ويتوقف على توافر عناصر ثلاثة:

١. نشاط اجرامي من انسان بنية تحقيق نتيجة جرمية.
٢. تحقق نتيجة معاقب عليها.
٣. توافر علاقة السببية بين النشاط والنتيجة.

الركن المعنوي: - إرادة الخروج عن القانون الجزائي بفعل أو امتناع يكيف بانه ركن معنوي[1].

القتل:- إزهاق روح إنسان كان على قيد الحياة يكيف بأنه قتل يتوقف على عنصرين:-

١. إزهاق روح إنسان.
٢. كان الانسان لم يفارق الحياة قبل إتيان الفعل.

وبناء على ذلك لايسمى قتلا في الاصطلاح اذا كان الفعل إزهاق روح حيوان أوانسان فارق الحياة قبل إتيان الفعل وللقتل من حيث التكييف: أنواع متعددة منها:

١- القتل المباح: وهوكالقتل قصاصاً أودفاعاً عن النفس أو العرض أو المال يكيف بأنه مباح لايسأل جزائيا ولامدنيا.

٢- القتل العمد العدوان: إزهاق روح إنسان كان على قيد الحياة مع القصد وبدون مبرر قانوني يكيف بانه عمد عدوان.

٣- القتل البسيط: القتل العمد العدوان غير المقترن بظرف مشدد أو مخفف يكيف بانه قتل بسيط[2].

٤- القتل الخطأ: إزهاق روح إنسان لم يتوفر فيه الركن المعنوي (القصد الجزائي).

٥- الخطأ الواعي: أذا كان الخاطىء يتوقع خطأه مقدما لكنه كان يعتمد على مهارته وخبرته كمن يسوق سيارته بسرعة غير مسموحة في شارع مزدحم اعتمادا على مهارته في السياقة وسيطرته على اجتناب ارتكاب عمل غير مشروع ورغم ذلك اذا ارتكب عملا غير مشروع يكيف خطأوه بانه الخطأ الواعي فيسأل جزائيا ومدنيا.

٦- الخطأ غير الواعي: هو الذي لا يتوقعه الخاطىء مقدما كمن يسوق سيارته بسرعة مسموحة ولكن يخرج طفل فجأة الى الشارع ويغير اتجاه السيارة باتجاه حديقة دار

---

[1] د. رؤوف عبيد /مبادئ القسم العام من التشريع القضائي/ص٢٧٤.

[2] كما في المادة (٤٠٥) من قانون العقوبات العراقي القائم التي نصها (من قتل نفسا عمدا يعاقب بالسجن المؤبد أو المؤقت).

فيتلفها او يهدم السياج فيكيف بانه خطأ غير واع فلايسال الخاطئ، مسؤولية جزائية لكن يسال مسؤولية مدنية عن التعويض.

والخطأ في المسؤولية التقصيرية: هو اخلال بواجب قانوني مع الادراك المخل اياه وبناء على هذا التعريف يتوقف على عنصرين: -

١. العنصر المادي (الموضوعي) وهو الاخلال بواجب قانوني

٢. العنصر المعنوي وهو علم المخل بانه اخل بواجب قانوني.

الخطأالجنائي: أذا كان الواجب الذي اخل به الخاطئ، محددا بالقانون الجزائي يكيف الخطأ بالجنائي او الجزائي.

الخطأ المدني: اذا كان محددا بالقانون مطلقا مدنيا أو جزائيا أو بصورة مباشرة أو غير مباشرة كالزام القانون كل انسان بان لايضر بالغير يكيف بالخطأ المدني فكلما تحقق الجنائي يتحقق الخطأ المدني دون العكس الكلي. يكيف بأنه قتل الخطأ يخضع للنص الذي يحكمه.

١. القتل المقترن بالظرف المشدد: - إزهاق روح إنسان مع سبق الاصرار أو الترصد أو الاقتران بجريمة أخرى يكيف بانه القتل المقترن بظرف مشدد يعاقب عليه الجاني بعقوبة أشد من عقوبة القتل البسيط ويخضع للنص الجزائي الذي يعالج حكمه.

٢. القتل المقترن بالظرف المخفف: - إزهاق روح انسان مع سبق استفزاز المجني عليه للجاني مثلا يكيف بالقتل المقترن بالظرف المخفف يعاقب عليه بعقوبة تكون أقل حجما من عقوبة القتل البسيط ويخضع لنص جزائي خاص.

٣. الضرب المفضي الى الموت: - إزهاق روح انسان بضرب بضرب لم يقصد فاعله تحقيق النتيجة الجرمية يكيف بالضرب المفضي الى الموت فيعاقب الجاني بعقوبة أقل من القتل العمد العدوان ويخضع للنص الجزائي الذي يحكمه.

وهنالك تطبيقات كثيرة للتكييف في المسائل الجزائية نكتفي بهذا القدر استبعادا للتطويل الممل.

تدارك خطأ القاضي في التكييف:

إذا أخطأ قاضي الموضوع في تكييف واقعة يمكن تداركه من محكمة عليا كمحكمة التمييز.

وعلى سبيل المثل أثناء الحرب العراقية الايرانية في الثمانينات رجع أحد الضباط الى داره في وقت متأخر من الليل فوجد جثة رجل في حديقته وهو قد مات بالسلك المكهرب الممتد على سياج حديقته ثم أقيمت عليه الدعوى من ذوي العلاقة فأدعى أمام قاضي الموضوع بأنه قام بهذا العمل دفاعا عن النفس والمال لظروف إستثنائية قائمة بسبب الحرب العراقية الايرانية. فحكم قاضي الموضوع ببراءته بعد أن كيف الواقعة بالدفاع الشرعي، وبعد تمييز الحكم نقضت محكمة التمييز حكم القاضي لكونه مخطئا في تكييف الواقعة لعدم توافر عناصر الدفاع الشرعي فيها ومن بينها كون الخطر الذي يهدد حقا من حقوقه التي يحميها القانون، حيث لم يكن هناك خطر على وشك الوقوع ويكون حالاً.

انواع التكييف:

<u>ينقسم التكييف الى نوعين:</u>

١- **التكييف القانوني**: وهو إعطاء الصفة القانونية للتصرف القانوني أو الواقعة القانونية لغرض تحديد النص الواجب التطبيق كتكييف الطاقة الكهربائية بانها مال منقول تتحقق فيها جريمة السرقة.

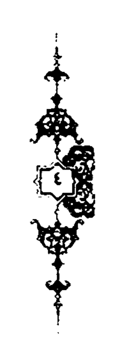
وكتكييف العلاقة بين الجاني والمجني عليه في حالة خيانة الامانة بانها علاقة تعاقدية من قبيل الايجار او العارية.

وكتكييف الوقائع التي تقوم عليها الجريمة بانها غير مشروعة طبقا لقانون العقوبات.

٢- **التكييف غير القانوني**: وهو عبارة عن تكييف ما لايخضع للتصرفات القانونية أوالوقائع القانونية من كل ماكان استخلاصه مترقعا على أفكار غير ذات طابع قانوني كتكييف فعل صادر عن الانسان بأنه فاضح مخل بالحياء.[1]

---

[1] د. محمود نجيب حسني /المرجع السابق/ص٤٩٠.



الفصل الرابع

التفسير والتاويل

ونتناول هذا الموضوع في مبحثين:

يخصص الأول للتفسير والثاني للتأويل.



المبحث الأول

التفسير

التفسير في اللغة الكشف والبيان والايضاح والتبيين وازالة الغموض[١]

التفسيروالتعريف في الاصطلاح المنطقي: وهما متقاربان من حيث المضمون والمقصود.

وقد قسم علماء المنطق التعريف والبيان الى عدة اقسام باعتبارات مختلفة كالآتي:

اولا: من حيث القصد الفظي و تنبيهي.

١ – التفسير اللفظي: ما يقصد به تفسير مدلول لفظ بلفظ اوضح منه دلالة على المعنى والمراجع المعتمدة لهذا النوع القواميس والمعاجم والموسوعات اللغوية.

٢ – التفسير التنبيهي: هو ما يقصد به احضار صورة مخزونة في ذهن المخاطب غابت عنه بعد ان سبق علمه به وبناء على ذلك لايعد هذا من باب كسب المجهول من المعلوم حيث لايوجد كسب جديد وانما هو احضار ما غاب وتذكير المخاطب به.

ثانيا: من حيث العلم بوجود مفردات المعرف خارج الذهن وعدم وجوده:

اسمي وحقيقي.

التفسير الاسمي: يختص بالموجودات الذهنية كما ان الحقيقي يختص بالموجودات الخارجية كالاعيان الموجودة خارج الذهن.

١ – التفسير الاسمي: بيان وتفسير للمصطلحات العلمية الاعتبارية كتعريف شيء من الاعيان قبل وجوده او قبل العلم بوجوده كتعريف مكتشف قبل اكتشافه وكبيان مواصفات مشروع قبل انشائه.

٢ – التفسير الحقيقي: تعريف لما علم وجوده خارج الذهن.

---

[١] لسان العرب: فصل التاء حرف الراء.

فالتعريفات للموجودات خارج ذهن الانسان تعريفات حقيقية كتعريف المنقول بانه كل ما يمكن نقله من محل الى اخر بدون تغيير وتعريف العقار بانه ما لا يمكن نقله بوسيله اعتيادية مع الاحتفاظ بهيئته.

ثالثا: التفسير المنطقي:

من حيث العناصر ينقسم الى الحدي والرسم كما ينقسم كل منهما الى التام والناقص.

١ – الحد التام: هو الذي يتكون من جنس الشيء وفصله القريبين كتعريف الجريمة بانها (محظور معاقب عليه) فالاول جنس يشمل المحظورات الجزائية و غير الجزائية، والثاني فصل يخرج به المحظورات غير الجزائية كالاضرار الموجبة للتعويض.

٢ – الحد الناقص: هو التعريف بالجنس البعيد والفصل القريب كتعريف الجريمة بأنها حدث معاقب عليه.

٣- الرسم التام: هو التعريف بالجنس والفصل والخواص كتعريف الجريمة بانها محظور معاقب عليه مضرة بالفرد والمجتمع.

٤- الرسم الناقص: هو تعريف الشيء بخواصه كتعريف الملكية بانها يخول القانون صاحبها بالتصرف والاستعمال والاستغلال والحيازة[1].

التفسير في الاصطلاح الفلسفي: هو تفسير الحقيقة العلمية وايضاحها أوانها لازمة من المبادىء البديهية. والتفسير أعم من التعليل لان التعليل هو انتقال الذهن من المؤثر الى الاثر سواء كانت العلة تامة أو ناقصة فكل تعليل تفسير وتوضيح وليس كل تفسير تعليلا[2].

التفسير في الاصطلاح الشرعي: هو الكشف عن مرامي ألفاظ القرآن.

التفسير في الاصطلاح القانوني: هو تحديد للمعنى الذي يقصده الشارع من ألفاظ النص لجعله صالحا للتطبيق على وقائع الحياة[3].

---

[1] ينظر مؤلفنا المنطق القانوني في التصورات ص ١١٥ وما يليها

[2] المعجم الفلسفي للدكتور جميل صليبا ١ / ٣٦٤

[3] ينظر موجز شرح قانون العقوبات – القسم العام للدكتور محمود نجيب حسني ص٥٤

أي أن التفسير هو البحث عن إرادة المشرع بألفاظ معينة يتكون منها النص القانوني وهو لذلك يفترض تحليلا لهذه الالفاظ وكشفا عن مدلولها. والمعنى المراد بالنص هو التنظيم القانوني لموضوع معين.

وفلسفة التفسير (علته الغائية) هي جعل النص صالحا للتطبيق على مايعرض على القضاء من وقائع بحيث يحقق العدالة.

أنواع التفسير:

ينقسم التفسير من حيث المصدر (الجهة التي تتولاه) الى خمسة أقسام: - تشريعي وفقهي وقضائي وعلمي ومنطقي.

اولا: التفسير التشريعي: هو الذي يتولاه الشارع أو المشرع[1] أو من يخولانه به.

من نماذج التفسير التشريعي تخصيص النص العام بنص أخر كما في تخصيص عموم المادة السادسة من قانون العقوبات العراقي القائم (تسري أحكام هذا القانون على جميع الجرائم التي ترتكب في العراق وتعتبر الجريمة مرتكبة في العراق إذا وقع فيه فعل من الافعال المكونة لها أو إذا تحققت فيه نتيجتها أوكان يراد أن تتحقق فيه).

وفي جميع الاحوال يسري القانون على كل من يساهم على جريمة وقعت كلها أو بعضها في العراق ولو كانت مساهمته في الخارج سواء أكان فاعلا أم شريكا) فصيغة (جميع الجرائم) للعموم تشمل كل من يرتكب جريمة في الاقليم العراقي البري أوالبحري أو الجوي بغض النظر عن جنسيته وصفته الوظيفية.

غير أن هذا العموم لم يكن مرادا للمشرع لذا خصصه بالمادة الحادية عشر من هذا القانون التي نصها (لايسري هذا القانون على الجرائم التي تقع في العراق من الاشخاص المتمتعين بحصانه مقررة بمقتضى الاتفاقيات الدولية، أو القانون الدولي أو القانون الداخلي).

ومن التفسير التشريعي تقييد النص المطلق كما في لفظة (وصية) وهي وردت في القرآن الكريم مطلقه فتشمل الوصية بجميع التركة أو ببعضها من الثلثين أو النصف أو الثلث أو غير ذلك.

---

[1] الشارع يستعمل بالنسبة للشريعة الاسلامية لان الصيغة لاتكلف فيها بخلاف المشرع فهو يدل على التكلف وتحمل المشقة كما في تشريع القوانين

غير ان هذا الاطلاق لم يكن مرادا من الشارع (الله جل جلاله) لذا قيده الرسول (ﷺ) بمقتضى تخويل له من الله بقوله: ﴿وَأَنزَلْنَا إِلَيْكَ الذِّكْرَ لِتُبَيِّنَ لِلنَّاسِ مَا نُزِّلَ إِلَيْهِمْ﴾[1] فهنا التقييد كان بالثلث ومادونه.

قال سبحانه وتعالى: ﴿كُتِبَ عَلَيْكُمْ إِذَا حَضَرَ أَحَدَكُمُ الْمَوْتُ إِن تَرَكَ خَيْراً[2] الْوَصِيَّةُ لِلْوَالِدَيْنِ وَالأَقْرَبِينَ بِالْمَعْرُوفِ حَقّاً عَلَى الْمُتَّقِينَ﴾[3].

وهذا التقييد ورد في حديث سعد بن أبي وقاص (ﷺ) حين قال: ((قلت يارسول الله أنا ذو مال وفي رواية أنا كثير المال ولا ترثني الابنة لي واحدة أفأتصدق بثلثي مالي؟ قال: لا، قلت: أفأتصدق بشطره (نصفه)؟ قال: لا، قلت: أفأتصدق بثلثه؟ قال: الثلث والثلث كثير إنك إن تذر ورثتك أغنياء خير من أن تذرهم عالة يتكففون الناس))[4].

ثانيا: - التفسير الفقهي: التفسير الفقهي هوالذي يقوم به الفقهاء في مؤلفاتهم وأبحاثهم العلمية وأثناء إلقاء المحاضرات القانونية ونحو ذلك.

وهو على جانب كبير من الاهمية النظرية ويتميز بالمنطق الدقيق والحجج البالغة ورغم كل ذلك فانه ليس ملزما للقاضي أيا كان المستوى العلمي للفقيه المفسر.

ثالثا: - التفسير القضائي: التفسير القضائي هو ما يتولاه القاضي حين تطبيق القانون الذي لايتضح فيه ملامح العدالة والمعنى المعني بالتطبيق على القضية التي ينظر فيها فيجب عليه إزالة عدم الوضوح.

وقد كان الرأي السائد سابقا أن التفسير بوجه عام وتفسير القاضي بصورة خاصة هو تحديد المعنى الذي قصده المشرع من الفاظ النص حين تشريعه لجعله صالحا للتطبيق على وقائع الحياة على أساس أن المعنى الذي أراده المشرع بالنص حين تشريعه هو المراد للوصول إليه وتطبيقه.

---

[1] سورة النحل / ٤٤

[2] اي مالا

[3] سورة البقرة / ١٨٠

[4] اخرجه البخاري في كتاب الوصايا باب الوصية بالثلث – فتح الباري / ٥ / ٢٤٦. والنسائي باب الوصية بالثلث ٦ / ٢٤١

وكان من واجب المفسر هو البحث عن هذه الارادة أي عليه أن يستقصى نيه المشرع وقت التشريع لذا كانت الاعمال التحضيرية في مقدمة مصادر التفسير الرسمية التي كان المفسر يستعين بها في تفسيره.

أما في الوقت الحاضر فقد لوحظ أنه لا وجود في النظم الدستورية الحديثة لما يسمى المشرع الذي يراد التعرف على إرادته والبحث عن نيته لان التشريع في العصر الحاضر يشترك في وضعه عدد كبير من أشخاص وهم مختلفون في آرائهم وميولهم واتجاهاتهم لذا أصبح موضوع التفسير إرادة التشريع لا إرادة المشرع لان المشرع ليس الامجرد تصوير ذهني فهو ليس بشخصية تاريخية حقيقية أو مجازية فعليه يجب: أن يكون التفسير إستجلاءً للمعنى الحالي الذي يعيش في القاعدة القانونية أي الارادة التشريعية.

والتشريع يشتمل على مقصود مستقل عن نية واضعيه فعلى المفسر أن يضع عينيه على هدف التشريع الذي يقصد منه تنظيم علاقات معينة أبتغاء إشباع حاجات معينة.

فالتفسير يجب أن يكون موضوعيا لا يتحرى إرادة المشرع ويترتب على طابعه الموضوعي أن يكون من الممكن أن يتخذ التشريع قيمة تختلف عن قيمته الاولى التي خلعها عليه واضعوه، وان ينتج نتائج واثارا لم تكن منتظرة ولم يكن من الممكن توقعها وقت وضع التشريع وبذلك تكتسب القاعدة القانونية مع الزمن مجالا تطبيقيا اوسع يمتد الى علاقات قد تختلف عن العلاقات التي كانت مقصودة حين التشريع.[1]

ومحصلة الكلام: ان مهمة القاضي تحقيق العدالة فيجب عليه ان لا يفتش عن قصد المشرع حين تشريعه للنص لان العدالة والحكمة تتطلبان منه ان يطبق نصوص القانون وفقا للواقع وطبقا لمقتضيات الحياة العصرية وقت التطبيق.

الموازنة بين التفسيرين الفقهي والقضائي: -

١ – التفسير الفقهي عادة يكون اكثر دقة و اقرب الى المنطق لان مجال الفقيه للتفكر اكثر واوسع من مجال القاضي، ولان وظيفة الفقيه تقتصر دوما على تفسير النصوص وشرحها والتعليق عليها.

٢ – التفسير الفقهي اكثر اتساعا واكثر عمومية لان التفسير القضائي في جوهره تفسير حالات معينة يعنى كل واحدة منها على حدة.

---

[1] د. ثروة الاسيوطي: – نشأة المذاهب الفلسفية وتطورها ص ٢٩٦ و ص ٤٨٧، د. عبدالحي حجازي: – المدخل لدراسة العلوم القانونية ص ٥١٨ وما يليها.

٣ – التفسير الفقهي يجري في جوهره من النقد الحر والبحث العلمي الحر لذا يكون اكثر حرية واكثر جرأة واكثر عمقا.

٤ – رغم الميزات المذكورة للتفسير الفقهي فان التفسير القضائي يتميز بانه اكثر اعتدالا واشد التصاقا للتشريع وذلك لخضوع القاضي للتشريع ولضمانة مسؤليته امام الدستور والقانون[١].

رابعا: التفسير العلمي:

تطور عالمي التكنلوجي والطبي وغيرهما من مظاهر الحضارة البشرية والتقدم العلمي ادى كل ذلك الى اكتشافات جديدة لبعض الموجودات الكونية التي كان الانسان يجهلها سابقا.

وبفضل تفسير هذه الاكتشافات العلمية تبينت للاسرة البشرية طبيعة كثير من الأمور المكتونة في باطن الارض والموجودة على ظاهرها، وساعد هذا التفسير العلمي الانسان على التمييز بين منافع ومضار هذه المستجدات وأخذ ينتفع بما من شأنه أن ينتفع به واستبعد ماهو مضر كما إكتشف طرقا وقائية لتوقي كل شر يضر بحياته ويؤثر على سلامته الجسدية وحمايته المالية.

كما أن القضاء استفاد كثيرا عن طريق التفسير العلمي من الامور الطبية التي يستعين بها في مجالات كشف الجريمة وآثارها ومدى خطورة الجاني على المجتمع وبوجه خاص عن طريق الطب العدلي كما يأتي بيان ذلك في الفصل القادم بإذن الله.

خامساً: التفسير المنطقي:

من الأصول التاريخية التي تصل مابين النص وبين التعريفات السابقة ومن الرابطة التي تربط النص بسائر النصوص ومن العوامل الاجتماعية:

العامل العقلي: - لكل نص هدف (علة غائية) يسعى الى الوصول اليه يمثل الحكمة من وضعه فالحكمة من التشريع هي الغرض الذي يبتغي التشريع تحقيقه هي سبب وجود التشريع وهي غايته المباشرة أو روح التشريع.

---

[١] د. عبدالحي الحجازي / المرجع السابق / ص٥١٣

ويجب أن يفهم النص على المعنى الذي يجب أن يكون أكثر تحقيقا للحكمة قد تتغير الحكمة التشريعية مع الزمن فالمفسر الذي يبحث قاعدة وضعت منذ زمن بعيد لايتعين عليه أن يبحث عن السبب الذي دفع للمشرع وقتئذ الى وضع تلك القاعدة بل يجب ان يبحث عن أساسها العقلي في الوقت الذي يفسرها فيه.

التضييق والتوسيع في التفسير:

يرى جمهور فقهاء القانون أن تفسير النصوص الجزائية ينبغي أن يكون ضيقا على أساس (مبدأ الشرعية) أي (لاجريمة ولاعقوبة الابقانون) إذا كان توسع القاضي الجزائي في التفسير يهدر بهذا المبدأ لانه يؤدي الى امتداد نطاق النص الجزائي بحيث يشمل افعالاً لم يجرمها المشرع ولم يقرر من أجلها العقاب بينما يرى الاخرون[1]، خلاف ذلك لان التفسير الضيق يعني فرض قيود تحكميه على النشاط الذهني للمفسر. وكون التفسير حرفيا بالاضافة الى تنافيه للعدالة يجرد النص من الطابع العلمي ويحوله الى مجرد ترديد لعبارات القانون في صيغ وألفاظ أخرى ويجعل القانون عاجزا عن مواجهة الظروف الجديدة وبالتالي يكون عاجزا عن حماية حقوق المجتمع ثم إنه يؤدي الى تغليب الالفاظ والوسائل على غاياتها.

ولكن يجب في جميع الاحوال أن لايصل الامر الى حد استعمال القياس في تفسير النصوص الجزائية إحتراما لمبدأ الشرعية فليس للقاضي أن يقيس فعلا لم يرد نص بتجريمه على فعل ورد نص بتجريمه فيقرر للاول عقوبة الثاني لكن إن حظر القياس لايعني حظر التفسير الواسع فهو مباح كلما أقتضته العدالة.

جواز القياس في غير نصوص التجريم:

مادام حظر القياس في المسائل الجزائية مبنيا على احترام مبدأ الشرعية فان النتيجة الحتمية لذلك هي جواز القياس حيث لايكون هناك مجال لتطبيق هذا المبدأ كما في المسائل المدنية.

تفسير الشك لمصلحة المتهم:

النص الجزائي الغامض لايعفي القاضي من إعماله لانه يعد حينئذ ناكلا للعدالة لكن إذا استحال عليه تحديده وتساوت في نظره وجوه متعددة يمكن أن يؤول النص وفقا لما يتعين

---

[1] د. محمود نجيب حسني / المرجع السابق / ص ٥٨ ومابليها

على القاضي أن يرجع الوجه الذي تتحقق فيه مصلحة المتهم وأن يأخذ بمبدأ (يفسر الشك لصالح المتهم) لأن الأصل في الافعال هو الاباحة[١].

الوسائل المعينة للقاضي على تفسير النصوص:

على القاضي في تفسير النصوص أن يأخذ بالنظر الاعتبارات الأتية: -

١- **الاعتبار النسقي النظامي** الذي يقتضي وضع النص في مكانه المحدد ضمن النظام القانوني كالأخذ بمنطوق النص أو مفهومه الموافق أو مفهومه المخالف أو اشارة النص وإيماء النص وإقتضاء النص كما سبق تفصيل ذلك سابقا.

٢- **الاعتبار التاريخي** الذي يتطلب الرجوع الى الاصول التاريخية للنص كما في المادة (٦٠٣/١) من القانون المدني العراقي القائم (لا تتتم الهبة في المنقول الا بالقبض) وقد أخطأ شراح القانون المدني العراقي في تفسير (لاتتم) ب (لا تنعقد) ولو رجعوا الى المصدر التاريخي لهذه المادة وهو الفقه الاسلامي لوجدوا أن المراد ب (لاتتم) من حيث الآثار أي أن الهبة تنعقد وتنتج بعض الآ ثار وهي التزام الواهب بتسليم الموهوب للموهوب له ولكن لاتنتج البعض الأخر من الاثار وهي الحقوق أي إنتقال ملكية الموهوب للموهوب له فلا يحق له التصرف فيه قبل القبض.

وبناء على ذلك أن التمام إنما هو بالنسبة للاثار دون العناصر لان القبض ليس شرطا ولا ركنا لانعقاد العقود العينية وهي (الهبة، والقرض، والرهن، والعارية...) فالقبض شرط لتمام آثار هذه العقود وليس عنصراً فيها كما أخطأ من عرف العقد العيني بانه عقد لايكفي فيه التراضي لانعقاده بل يتوقف على قبض محل العقد.

٣- **الاعتبار الاجتماعي**: - يعني إدراك السياق الاجتماعي الذي أفرز ضرورة وجود النص بأن ينظر الى واقع المجتمع الذي كان عليه حين تشريعه وأقتضى هذا الواقع تشريعه وهذا يرجع الى نظرية الفيلسوف الفرنسي (مونتسكيو) التي مفادها أن قانون أي مجتمع لايصلح لمجتمع أخر لان القانون يجب أن يستقى من واقع المجتمع ومن متطلبات ومستلزمات حياته في كل زمان ومكان[٢].

٤- **الاعتبار الغائي**: - الذي يتطلب البحث عن العلة الغائية والحكمة لحكم النص وعلى سبيل المثل الاجهاض محرم لكنه لفظ غامض لشموله لاسقاط الجنين من اللقاح

---

[١] د. محمود نجيب حسني / المرجع السابق / ص٦٠ ومايليها

[٢] روح الشرائع / مونتسكيو / ١١٩ /١

والاخصاب الى لحظة ماقبل ولادته. وقد قال سبحانه وتعالى في مراحل خلق الانسان: ﴿وَلَقَدْ خَلَقْنَا الْإِنسَانَ مِن سُلَالَةٍ مِّن طِينٍ، ثُمَّ جَعَلْنَاهُ نُطْفَةً فِي قَرَارٍ مَّكِينٍ، ثُمَّ خَلَقْنَا النُّطْفَةَ عَلَقَةً فَخَلَقْنَا الْعَلَقَةَ مُضْغَةً فَخَلَقْنَا الْمُضْغَةَ عِظَاماً فَكَسَوْنَا الْعِظَامَ لَحْماً ثُمَّ أَنشَأْنَاهُ خَلْقاً آخَرَ فَتَبَارَكَ اللَّهُ أَحْسَنُ الْخَالِقِينَ﴾[1].

وبمقتضى هذه الاية وفي ضوء العلم الحديث يمر الانسان في خلقه بالمراحل الاتية: -

١. خلاصة من طين.
٢. مرحلة اللقاح والاخصاب بين الحيمن والبييضة.
٣. العلقة (قطعة دم جامد)
٤. المضغة (قطعة لحم بمقدار ما يضمغ)
٥. مرحلة تكوين العظام.
٦. مرحلة ستر العظام بلحم بعد مضي (١٢٠) يوما على اللقاح
٧. مرحلة التحول من الحياة النباتية الى مرحلة الحياة الانسانية.
٨. مرحلة التكامل والتهيؤللولادة.

وقد اختلف علماء القانون في تحديد مرحلة تحريم الاجهاض هل يشمل الاجهاض جميع المراحل المذكورة من اللقاح الى الولادة او يقتصر على مرحلة معينة من هذه المراحل كمرحلة ما بعد الانتقال من الحياة النباتية الى مرحلة الحياة الانسانية.

ولكن اذا نظرنا الى العلة الغائية لخلق الانسان وحكمة حماية تكريمه وفلسفة الحفاظ على عدم جواز قطع مراحل الجنين من اللقاح الى الولادة لتبين لنا ان الاجهاض يشمل المراحل كافة من اللقاح الى الولادة.

---

[1] سورة المؤمن / ١٢ – ١٤

المبحث الثاني
التأويل

التأويل في اللغة بيان ما يؤول إليه الامر وهو مشتق من الاول اي الرجوع الى الاصل يقال أوله اليه أي رجعه و ورد أيضا بمعنى التفسير والمصير[1].

ومنه قوله تعالى: ﴿ذَلِكَ خَيْرٌ وَأَحْسَنُ تَأْوِيلاً﴾[2]. والتأويل في الإلهيات تفسير الكتب المقدسة تفسيرا حقيقيا أو مجازيا يكشف عن معانيها الخفية المقصوده.

وفي الاصطلاح الفلسفي التأويل عبارة عن البحث عن علل الاشياء للارتقاء منها الى العلة الاولى وهي (الله)[3] وفي اصطلاح الاصوليين والقانونيين: - صرف اللفظ من معناه الظاهر الراجح الى معنى أخر مرجوح يحتمله لما يدعو اليه من تعذر أو ضرورة أو مصلحة أو عدالة أو نحوها كحمل اللفظ على معناه المجازي اذا تعذرت الحقيقه[4].

والاصل في الكلام هو عدم التأويل لكن إذا أقتضته الضرورة أو المصلحة أو العدالة فيصار اليه خلافا للأصل[5].

مجال التأويل:

التأويل يدخل على الخاص عادة دون العام من الالفاظ التي تحتمل أكثر من معنى وحكم[1].

---

[1] لسان العرب/ فصل الالف حرف اللام، معجم المفردات الفاظ القرآن للعلامة الراغب الأصفهاني/ ص ٢٧

[2] سورة النساء / ٥٩ وتتمة الاية ﴿يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُواْ أَطِيعُواْ اللّهَ وَأَطِيعُواْ الرَّسُولَ وَأُوْلِي الأَمْرِ مِنكُمْ فَإِن تَنَازَعْتُمْ فِي شَيْءٍ فَرُدُّوهُ إِلَى اللّهِ وَالرَّسُولِ إِن كُنتُمْ تُؤْمِنُونَ بِاللّهِ وَالْيَوْمِ الآخِرِ ذَلِكَ خَيْرٌ وَأَحْسَنُ تَأْوِيلاً﴾.

[3] المعجم الفلسفي – المرجع السابق / ١ / ٢٣٤

[4] ومن القواعد العامة (اذا تعذرت الحقيقة يصار الى المجاز) مجلة الاحكام العدلية /المادة ٦١

[5] موسوعة القضاء والفقه / ص ٢٨٨

شروط التأويل:

يشترط في التأويل شروط أهمها مايلي: -

١. صلاحية اللفظ للتاويل بأن يحتمل أكثر من معنى (حكم) فأذا كانت دلالته قطعية فلا مجال لتاويله مثل قوله تعالى: ﴿وَلَكُمْ نِصْفُ مَا تَرَكَ أَزْوَاجُكُمْ إِن لَّمْ يَكُن لَّهُنَّ وَلَدٌ﴾ [٢] اي لا منه ولامن زوج سابق.

٢. كون التأويل موافقا لوضع اللغة أو عرف الاستعمال لاصطلاح الشرع أو القانون بأن يكون المعنى الذي آل اليه اللفظ من المعاني التي يحتملها اللفظ نفسه ويدل عليها ولو على سبيل المجازأما اذا كان من المعاني التي لايحتملها اللفظ ولايدل عليها بوجه من الوجوه فلا يصح التأويل.

٣. قيام دليل شرعي أو قانوني على إرادة الشارع أوالمشرع للمعنى المؤول أي يجب أن يكون التأويل مبنيا على سند شرعي أوقانوني يبرر صرف اللفظ من معناه الظاهر الى غيره[٣].

٤. أن يصدر من عالم مؤهل للتأويل لان التأويل عملية اجتهادية.

٥. أن لايمكن حمل اللفظ على ظاهره[٤].

انواع التأويل:

التأويل من حيث الصحة وعدمها إما صحيح ومقبول إذا توافرت شروطه أوغير صحيح ومرفوض أذا تخلف شرط من شروطه.

والتأويل الصحيح ينقسم من حيث مدى تحمل الكلام له الى قريب وبعيد: -

أ- التأويل القريب: مايتبادر الى ذهن ويكفي في إثباته أدنى دليل كحمل الأب على الجد والأم على الجدة في الميراث في قوله تعالى: ﴿وَلأَبَوَيْهِ لِكُلِّ وَاحِدٍ مِّنْهُمَا السُّدُسُ مِمَّا تَرَكَ إِن كَانَ لَهُ وَلَدٌ﴾. [٥]

---

[١] خلافا لمن ظن ان تخصيص العام وتقييد المطلق تأويل

[٢] سورة النساء / ١٢

[٣] موسوعةالقضاء والفقه ص ٤٩٠

[٤] للموسوعة الفقهية الميسرة /د. محمد رواس قلعة جي / ١ / ٤٠٥

[٥] سورة النساء / ١١

فمن مات عن جد وجدة ولم يكن له أب ولا أم يكون لكل واحد منهما السدس إن كان له ولد وكما في قول الرسول (ﷺ): ((إذا حكم الحاكم فاجتهد فأصاب فله أجران وإذا حكم وأخطأ فله إجر)). ويؤول قوله (إذا حكم) بان المقصود إذا أراد أن يحكم لان الاجتهاد عادة يكون قبل الحكم لابعده.

ب- التأويل البعيد: -وهو الذي لايتبادر الى الذهن ويحتاج الى مرجع يرجحه ويصرفه عن المعنى الظاهر حتى يكون التأويل مقبولا كتأويل الحنفية في موضوع الكفارة قوله تعالى: ﴿فَإِطْعَامُ سِتِّينَ مِسْكِيناً﴾[1] بمايشمل ستين مسكينا اومسكينا واحدا في ستين يوما فقالوا إن المراد إطعام طعام ستين مسكينا على أساس أن حاجة مسكين واحد في ستين يوما بمثابة حاجة ستين مسكينا في يوم واحد.

وقال الفقهاء من غير الحنفية ان هذا التأويل بعيد لأن فيه إعتبار لفظ لم يذكر في الاية وهو (طعام) والغاء للمنصوص عليه وهو العدد (ستين).

ثم قالوا (إن في اطعام ستين مسكينا في يوم واحد إحياء لجماعة من المسلمين وكفايتهم يوما واحدا فيتضرعون متعاونين في هذا اليوم لعبادة الله وللدعاء لمن وجبت عليه الكفارة فيغفر الله له ويعم الانتفاع، ومن تأويلات الحنفية أيضا لقول الرسول (ﷺ) في موضوع زكاة الغنم (في كل أربعين شاة، شاة بما يشمل قيمتها فقالوا إن المراد شاة ذاتها أوقيمتها بسعر السوق على أساس أن حكمة وجوب الزكاة سد حاجة الفقير وهذه الحاجة كما تسد بذات الشاة تسد أيضا بقيمتها ومن وجهة نظرنا أن الحنفية على صواب وأن التأويل ليس ببعيد لأن الفقير الذي يستلم الشاة لايريدها لذاتها غالبا وإنما لبيعها وسد حاجاته بثمنها فأذا دفعت القيمة الحقيقية للمستضعفين يكون ذلك أصلح لهم من سوقها الى السوق وبيعها فيه.

ومن تطبيقات التأويل في القانون:

تأويل الولد بما يشمل ولد الولد وإن نزل في المادة (٧٤/١) من قانون الاحوال الشخصية العراقي القائم التي نصها (إذا مات الولد ذكرا كان أم انثى قبل وفاة أبيه أوامه فأنه يعتبر

---

[1] تتمة الاية (والذين يظاهرون من نسائهم ثم يعودون لما قالوا فتحرير رقبة من قبل ان يتماسا ذلكم يوعظون به والله بما تعملون خبير فمن لم يجد فصيام شهرين متتابعين من قبل ان يتماسا فمن لم يستطع فاطعام ستين مسكينا ذلك لتؤمنوا بالله ورسوله وتلك حدود الله وللكافرين عذاب اليم) سورة المجادلة / ٣ و٤

بحكم الحي عند وفاة أي منهما وينتقل إستحقاقه من الارث الى أولاده ذكورا كانوا أم اناثا حسب الاحكام الشرعية باعتباره وصية واجبة على أن لاتتجاوز ثلث التركة)

ويدل هذا النص بمنطوقه ومفهومه على الاحكام الاتية: -

١. على كل شخص قبل موته أن يوصي لاولاد ولده الذي مات في حياته وترتب على ذلك حرمانهم من التركة عن طريق الميراث لوجود الاولاد من البنين والبنات حيث يحجبون بهم من الميراث.
٢. فان مات ولم يوص ناب القاضي منابه في ذلك بحكم القانون المستمد من رأي بعض فقهاء المسلمين كالظاهرية[1].
٣. تكون الوصية بمثابة نصيب المتوفى من والد الاحفاد المتوفي أذا كانوا أولاد إبن ونصيب والدتهم المتوفاة إذا كانوا أولاد بنت ولكن هذا النصيب في حقيقته وصية تسري عليه أحكام الوصية فيجب أن لاتزيد عن ثلث التركة إلا بأجازة الورثة بعد وفاة المورث لا في حياته استبعادا للاكراه الادبي.
٤. في حالة توزيع التركة وتحديدا أنصاب الورثة يعتبر كان المتوفى (والد أو والدة الأحفاد) مازال على قيد الحياة ويحاسب على الورثة حساب الوارث الحي فيتقرر نصيبه في ضوء هذا الفرض ثم يتحول تلقائيا الى من خلفه من البنين والبنات.

شروط تطبيق الوصية الواجبة: -

لتطبيق الوصية الواجبة على القاضي رعاية الشروط التالية: -

١. ان يجتمع الاولاد مع الاحفاد لان الحفيد إذا لم يجتمع مع بنت الميت أو إبنه يستحق التركة عن طريق الميراث دون الوصية الواجبة مالم يحجب الحفيد وإلا فيأخذ عن طريق الوصية الواجبة.
٢. أن لايكون المتوفى (جد أوجدة الاحفاد) قد أعطى في حياته أحفاده بغير عوض مايساوي مقدار الوصية الواجبة عن طريق الهبة وإلا فليس لهم نصيب عن طريق الوصية الواجبة، وإذا اعطاهم بلا عوض مقدارا من ماله وكان اقل من نصيب الوصية الواجبة يكمل هذا المقدار عن طريق الوصية الواجبة. وهذا

---

[1] المحلى/٩ /٣١٤

الشرط أهمله المشرع العراقي بينما نصت عليه بقية التشريعات في الدول العربية[١].

٣. إذا كان الأحفاد ذكورا وإناثا معا توزع عليهم الوصية الواجبة وفقا لقاعدة (للذكر مثل حظ الانثيين) لان الاستحقاق بمثابة الميراث لايخضع في ذلك لاحكام الوصية التي منها تقسيمها على الموصى لهم بالتسوية مالم ينص الموصي على خلاف ذلك.

٤. أن لايكون الحفيد قاتلا للمتوفى (الجد أوالجدة) ولأبيه المتوفى وأمه المتوفاة وهذا الشرط يؤخذ من الفقرة الثانية من المادة (٦٨) من قانون الاحوال الشخصية العراقي القائم (ويشترط أن لايكون قاتلا للموصي).

٥. أن لاتزيد عن ثلث التركة. ولفظ الولد من ذكور الاحفاد واناثهم يجب أن يؤول ويحمل على مايشمل أولاد الاحفاد وأولاد أولادهم وإن نزلوا.

وقد نصت على هذا التعميم بعض التشريعات العربية كالمادة (١/٢٥٧) من قانون الاحوال الشخصية السوري التي نصت على ان (من توفي وله اولاد وقد مات ذلك الابن قبله او معه وجب لاحفاده من ثلث تركته وصيته وتكون هذه الوصية لاولاد الابن ولاولاد إبن الابن وان نزلوا)

ويلاحظ على هذا القانون انه لم يقر الوصية الواجبة لاولاد البنت وهذا خطا لايغتفر[٢].

ومن تطبيقاته ايضا في الاحوال الشخصية تأويل الشرط الوارد في المادة السابعة (يشترط في تمام اهلية الزواج العقل واكمال الثامنة عشرة) بشرط اللزوم دون شرط الانعقاد والصحة وهذا التقييد للجانب التنظيمي فقط. والا فالقضاء العراقي يعترف بصحة زواج من هو اصغر من هذه السن. ومن تطبيقاته ايضا في نفس القانون تاويل (المادة التاسعة / ١) التي نصها (لا يحق لأي من الاقارب او الاغيار اكراه اي شخص ذكرا كان او انثى على الزواج دون رضاها و يعتبر عقد الزواج بالاكراه باطلا اذا لم يتم الدخول).

---

[١] كقانون الاحوال الشخصية السوري المادة (٢٥٧ /ب) (لو كان قد اوصى لهم او لعطاهم في حياته بلا عوض مقدار ما يستحقون بهذه الوصية الواجبة فاذا اوصى لهم باقل من ذلك وجبت تكملته)

[٢] لمزيد من التفصيل ينظر مؤلفنا احكام الميراث والوصية وحق الانتقال في الفقه الاسلامي المقارن والقانون / ص ٤٢ ومايليها

و يجب على القاضي ان يزول لفظ (باطلا) ب (الفاسد) او الموقوف، لان الفاسد بسبب الاكراه كالموقوف تلحقه الاجازة بخلاف الباطل فلا يوجد قانون في جميع دول العالم يذهب الى القول بان الباطل يتحول الى الصحيح بالاجازة لانه والمعدوم سيان.

وبالاضافة الى ذلك يجب ان لا يكون الدخول بالاكراه ايضا والا فلا يعتبر اجازة من الشخص المكره على الزواج.

ومن تطبيقات التأويل في القانون الجزائي تأويل (الليل) بظلامه الذي يسمى (السجى أو الدجي) لاعتباره ظرفا مشددا لعقوبة جريمة السرقة في المادة (٤٤٠) من قانون العقوبات العراقي القائم التي نصها (يعاقب بالسجن المؤبد او المؤقت من ارتكب سرقة اجتمعت فيها الظروف التالية: -١ – وقوعها بين غروب الشمس وشروقها).

وانما يجب تاويله بالظلام حتى تتحقق حكمة ذلك وهي الرهبة والوحشة في حالة ظلام الليل.

ولانه لايوجد فرق في ارتكاب الجريمة بين النهارو بين الزمن الذي يقع قبيل شروقها وبعيد غروبها بزهاء ربع ساعة فاكثر، فارتكاب جريمة السرقة في تلك المدة الزمنية قبيل الشروق أو بعيد غروبها يكون بمثابة ارتكابها في النهار.

الموازنة بين التأويل والتفسير:

يتفق التأويل والتفسير –بأستثناء التفسير التشريعي- في أمور منها: -

أ. كل منهما عملية اجتهادية يصاراليها لغرض تحقيق العدالة.

ب. مجال كل منهما ينحصر في النصوص ظنية الدلالة فاذا كان النص قطعي الدلالة على (المعنى أو الحكم) فلايكون هنالك مجال للاجتهاد لاجل التفسير أو التأويل كما تنص على ذلك قاعدة (لامساغ للاجتهاد في مورد النص[1]). فالنص اذا كان ظني الدلالة يجوز تأويله وتفسيره سواء كان قطعي الثبوت بان يكون جزءاً من القران اوظني الثبوت كما في الاحاديث الآحاد في السنة النبوية.

ج. كل منهما يحتاج الى دليل شرعي أو سند قانوني يبرره لان التأويل أو التفسير خلاف الأصل.

---

[1] المادة الثانية من القانون المدني العراقي القائم.

ورغم توافقهما في النقاط المذكورة فإنهما يختلفان في كثير من الامور الجوهرية منها مايلي:

١. من حيث الماهية: - ماهية التفسير عملية ذهنية فكرية من لدن المجتهد لبيان النص الواجب التطبيق اذا لم يكن بيناً بينما التأويل عبارة عن صرف اللفظ عن معناه الظاهر الراجح الى معنى مرجوح يحتمله لما يدعو اليه من ضرورة أو مصلحة أو عدالة.
٢. من حيث المصدر: - نطاق التفسير أوسع من التأويل فالتأويل يكون من الفقيه أو القاضي ولايكون من المشرع ولامن التطور العلمي فلا يتصور أن يلجأ المشرع الى تأويل كلام نفسه بخلاف التفسير.
٣. من حيث الوسائل: - فالوسائل التي يستعين بها كل من المفسر والمؤول تختلف فالمفسر قد يستعين بنص أخر قريب منه وقديستعين بالاسباب الموجبة، أو بالمذكرة الايضاحية أو نحو ذلك من الوسائل الاخرى[1] في حين ان المؤول يستعين بمايبرر العدول من الراجح الظاهر الى المرجوح من ضرورة لومصلحة أو نحوهما.
٤. من حيث المبررات: - فالمبرر للتفسير عدم وضوح دلالة النص على الحكم المراد دلالة واضحة صريحة، بينما المبرر للتأويل هو رعاية العدالة أو المصلحة أو الضرورة أو نحو ذلك.
٥. من حيث الإلزام والالتزام: - القاض ملزم باللجوء الى التفسير وبوجه خاص في القضايا المدنية فلايحق له أن يمتنع عن تطبيق النص بحجة عدم وضوحه لانه يعتبر حينئذ ناكلا للعدالة. بخلاف التأويل فاذا أمتنع عنه القاضي لايسأل ولا يحاسب لامدنيا ولاجزائيا لاديانة ولاقضاء.
٦. التفسير التشريعي يكون بأثر رجعي الى تاريخ النص المفسر في حين أن التاويل لايستخدم الابالنسبة الى المستقبل.
٧. من حيث الانواع: - التفسير يقسم الى تشريعي والفقهي والقضائي والعلمي في حين أن التأويل يقسم الى القريب والبعيد.

---

[1] لمزيد من الاطلاع على تلك الوسائل ينظر تفسير النصوص المدنية دراسة مقارنة بين الفقهين المدني والاسلامي للاستاذ الدكتور محمد شريف أحمد/ط٢/ ص٢٩٧ ومايليها.

٨. في التفسير يعمل بالمفسر نفسه بينما في التأويل يترك المعنى الاصلي الراجح ويعمل بالمعنى الاستثنائي المرجوح.

٩. التفسير يؤدي غالبا الى توسيع النص كما اذا كانت الوسيلة المستعملة فيه قياسا أو مصلحة لكن هذا التوسيع يؤخذ به في القضايا المدنية ولايعمل به في المسائل الجزائية اذا أدى الى إستحداث جريمة أو عقوبة حيث لاجريمة ولاعقوبة الابالقانون، بخلاف التأويل فإنه غالبا لايؤدي الى توسع النص المؤول لانه خلاف الاصل وللأستثناء والاستثناء يكون لضرورة والضرورات تقدر بقدرها.

١٠. التفسير كما يكون بالاقوال قد يكون بوسائل الايضاح وقد يكون بالاعمال والاقوال كما فسر الرسول (ﷺ) الصلاة بعد الأمر بإقامتها من المسلمين وكان النص القرآني مجملا ففسرها الرسول (ﷺ) باعماله فصلى أمام الملأ كما أمر الله به ثم قال لهم (صلوا كما رأيتموني أصلي). وكما قام باداء مناسك الحج أمام الناس ثم قال لهم (خذوا عني مناسككم) بخلاف التأويل فانه لايكون الابالاقوال.

١١. التفسير قد يكون بالاشارة المفهومة كاشارة الاخرس بخلاف التاويل.

١٢. قد يكون السكوت بيانا وتفسيرا (للمعنى أو الحكم) المراد كما تنص على ذلك القاعدة العامة الشرعية والقانونية (السكوت في معرض الحاجة بيان). وعلى سبيل المثل اذا رأى ولي القاصر المميز الذي تحت ولايته مارس عقد معاوضة فسكت يعد سكوته تفسيرا بإذن فينعقد عقده نافذا منتجا لآثاره من الحقوق والالتزامات دون حاجة الى إجازته صراحة[1]. بخلاف التأويل.

١٣. التفسير يكون بالنسبة للدال على الحكم غالبا في حين ان التأويل يكون بالنسبة للمدلول غالبا.

١٤. من حيث الغرض: - فالغرض من التأويل رعاية المصلحة أو العدالة أو الضرورة بينما الغرض من التفسير تحديد الحكم الواجب التطبيق.

١٥. التأويل خلاف الأصل فالاصل في الكلام هو العمل بأصله وظاهره دون العمل بخلاف الأصل، بخلاف التفسير فإنه موافق للاصل.

١٦. بعض أنواع التفسير ملزم كالتفسير التشريعي بخلاف التأويل فانه غير ملزم في جميع أنواعه.

---

[1] كشف الاسرار للبزدوي/٣/١٥١، مجلة الاحكام العدلية. / المادة ٦٧

١٧. التأويل لايجري الا في النصوص والكلام في حين أن التفسير كما يكون للنص قد يكون لغيره كالتفسير القضائي فانه كمايشمل النص يشمل تكييف وتفسير التصرفات القانونية والوقائع القانونية.

وكالتفسير العلمي فانه يشمل بيان طبيعة الموجودات الكونية والمكتشفة عن طريق الاكتشافات العلمية الحديثة وبيان مدى منافعها ومضارها.

الموازنة بين التكييف والتفسير: -

يتفقان في أن تطبيق الحكم العادل يتوقف عليهما لكن يختلفان من حيثيات متعددة منها: -

١. من حيث الماهية: - التكييف اعطاء الصفة القانونية للتصرف القانوني أو الواقعة القانونية لتحديد النص الواجب التطبيق في الموضوع، في حين أن التفسير بيان للمعنى المراد من النص الواجب التطبيق.
٢. التكييف ضروري في جميع الاحوال بينما التفسير لايكون الافي حالات عدم وضوح النص.
٣. التكييف لايكون إلامن القاضي أو من ينوب عنه بخلاف التفسير فانه يكون منه ومن غيره كما سبق.

التفسير ينصب على النص بخلاف التكييف فان محله هو التصرف القانوني أو الواقعة القانوني.



الفصل الخامس

الاستعانة بالغير

وتوزع دراسة الموضوع على مبحثين يخصص الأول للاستعانة بالطب العدلي والثاني للاستعانة باهل الخبرة والاختصاص.



المبحث الأول
الاستعانة بالطب العدلي

لتحقيق العدالة في القضايا الجزائية غالبا يستعين القاضي بالطب العدلي لأن لهذا المرجع أهمية كبيرة من لوجه متعددة أهمها مايلي:

١- تمييز التسبب المباشر من غير المباشر للوفاة:

ومن الاسباب المباشرة ان تكون الاضرار لوالافات الجرحية كافية بمفردها لاحداث الموت كالنزف الدماغي أو تمزقه او نحو ذلك ففي الاصابات الجرحية مثلا لوفرضنا ان شخصا طعن أخر بآلة حادة فمات اثر ذلك واتضح بعد التشريح جثته ان الاضرار الجسيمة التي احدثها الآله المستعملة في الاعتداء تعد هي السبب المباشر لوفاة المجني عليه.

ومن الاسباب غير المباشرة كل تخريب يحصل في الجسم بحيث لايكفي بمفرده لاحداث الموت وانما حدث لوجود آفة مرضية شخصية كان المصاب قد ابتلى بها قبل الحادث الجنائي ومن الاسباب غير المباشرة ايضا ما يقطع العلاقة السببية بين الفعل الجرمي والنتيجة كالاهمال في العلاج وحدوث المضاعفات وبناء على ذلك يجب على الطبيب ان يكون دقيقا في التمييز بين السبب المباشر وغير المباشر لاختلاف حجم العقوبة المقررة شرعاً وقانونا للجاني في كلتا الحالتين.

٢- تحديد مدى مسؤولية الفاعل:

عن طريق التشريح يستطيع الطبيب ان يقدم في حالات خاصة ادلة علمية لتنوير التحقيق ولهذه الادلة اهمية قصوى من حيث ان القاضي يستنير بها عند اصداره الحكم القضائي وتساعد هذه البراهين الفنية على ادانة المتهم لو تبرئة ساحته او تخفيف الحكم عنه كما ان بأمكان الطبيب الذي يقوم بعملية التشريح تحديد اضرار كل آلة جرحية بمفردها فيما لو استعملت آلات متعددة ومن قبل اكثر من شخص واحد ساهم في الجريمة ثم تعين علاقة اضرار كل بصحة المصاب او بسبب وفاته تبعا لظروف الواقعة وطبيعة الجريمة.

٣- الاهمال العلاجي:

يوضح الطبيب للمحقق العدلي (او قاضي التحقيق) كل اهمال علاجي يتضح لـه ثـم يقرر مدى علاقته بسبب الموت وعلى هذا الاساس شرعت بعض الدول[١] قانون منع الطبيب العدلي من ممارسة مهنته الطبية بصورة خاصة للتعارض بين الصفة الاستشارية والصفة العلاجية.

٤- اخفاء معالم الجريمة:

من المعروف ان المتهم قد يحاول تضليل قاضي التحقيق بشتى الوسائل المتيسرة لديه كان يسكب مادة النفط على جسد المجنى عليه فيحرقه فيصل الطبيب العدلي عن طريق التشريح الى ان الحريق حصل بصورة عارضة وليس له دخل في حدوث الوفاة. وقد يقوم القاتل بتعليق الجثة ليوهم قاضي التحقيق ان الشخص انتحر بشنق نفسه لكن يتمكن الطبيب العدلي من التمييز بين الحقيقة وما قام به المتهم لاخفاء الواقع والحقيقة وتضليل المحقق او القاضي.

٥- حيوية الاصابة:

وتدعى هذه الحالة الاصابة بالحيوية (اوالفعالية) اذا حدثت في جسم حي وبتشريح الجثة يتمكن الطبيب من تشخيص حيوية و فعالية الجرح من عدمها ومن ان يثبت في الوقت نفسه سبب الموت الحقيقي.

ومن تطبيقات هذه الحالة حادثة جنائية وقعت ثم دعيت الهيئة التحقيقية بضمنها الطبيب العدلي لاجراء الكشف على جثة شخص قيل انه احترق قضاءاً وقدراً ونتيجة الكشف الظاهري والفحص التشريحي تبين ان الحرق كان حيويا في مناطق معينة من جسم الضحية و غير حيوي في مناطق اخرى واظهر التشريح للطبيب العدلي وجود كدمات في تجويف الفم وهي تدل مظاهرها على انها حصلت اثر ادخال مادة غير خشنة بعنف داخل الفم كقطعة قماشية كما اظهر الفحص وجود اصابات حيوية في الراس بسبب آلة راضة قاطعة كالفأس وبعد ان قدمت هذه المعلومات التشريحية لقاضي التحقيق اتضح لـه الامر بعد بذل جهود وكشف عما يكتنف الواقعة من غموض ولما القي القبض على الفاعل اعترف بانه كان قد ادخل يشماغه داخل فم المجني عليه للحيلولة دون استغاثته ثم هوى

---

[١] كما في جمهورية مصر العربية خلافاً لما عليه القانون في العراق.

بالفاس على راسه عدة مرات واوقد النار في الموقد وقرب راس القتيل من النار بعد ا ن ظن انه قد فارق الحياة.

وقد ظهر للطبيب العدلي ايضاأن المصاب كان آنذاك في حالة غيبوبته عن طريق مشاهدة حروق حيوية على جسده. ثم تبين ان شخصا مستخدما دخل الغرفة بعد الحادث واستخرج اليشماغ من فم القتيل واجرى له تنفسا إصطناعياً ظانا انه لايزال على قيد الحياة ثم اخبر الشرطة عن الحادث[1] .

٦ – تعيين اتجاه الاصابة:

قد يطلب من الطبيب العدلي تعيين اتجاه الاصابة في الجسم للاستفادة منها في معرفة اي اليدين كانت قد مسكت الالة الجارحة كما في حالة الاصابة الانتحارية أوالجنائية او المفتعلة (المصطنعة) او لاستنتاج موضع الجاني هل كان على مستوى اعلى او اوطأ من القتيل او انه اصابه من الامام او الخلف او من الجانب للتمييز بين حالات الانتحار وبين الاعتداءات الجرمية.

٧ – تعيين الالة الجرمية:

يستطيع الطبيب العدلي في كثير من الحالات استنادا الى صفات الاضرار واشكالها و سعتها وعمقها وا تجاهها ان يستنتج ان الالة القاطعة كانت ذات حد واحد او ذات حدين او ان الالة الراضة كانت مستطيلة الشكل او دائرية او ذات شكل معين اخر او ان الالة النارية ذات مقذوف واحد كالبندقية او المسدس او اكثر كبندقية الصيد ومن الواضح ان لتحديد الالة المستعملة في تنفيذ الجريمة دورا مهما في تحديد حجم العقوبة استنادا الى مدى خطورة الجاني والقسوة في ارتكاب الجريمة.

٨ – كيفية حدوث الاصابة:

يساعد التشريع الطبي في كثير من الوقائع على استنتاج منشأ الاضرار ومعرفة آليتها وعلى سبيل المثل في حادث السيارة تكون الغاية معرفة كيفية حصول الاصابة هل حصلت من اثر مرور عجلة السيارة او من السقوط منها او نتيجة ضغط شديد حصل على جسمه بعد رجوع السيارة الى الوراء او نحو ذلك مما يحدد مدى مسؤولية سائق السيارة و تقصيره وبالتالي تسببه في وفاة المصاب.

---

[1] ينظر الطب العدلي علما وتطبيقا/الدكتور وصفي محمد علي/ مطبعة المعارف/١٩٧٦ /١ /٧٧

٩ – تقدير الحالة الصحية:

يتوقف تقدير الحالة الصحية للمتوفى على ما يقدمه الطبيب المشرح في تقديره المتضمن مجموع المشاهدات التشريحية والفحوص المختبرية التي يستعان بها ومن الواضح ان هذه الحالة ضرورية بالنسبة للدوائر الرسمية وشبه الرسمية وشركات التامين في موضوع التزاماتها بدفع تعويض مالي لورثة المتوفى بعد التاكد من ان وفاته حصلت اثنـاء قيامـه بمهمـة وظيفيـة عهدت اليه وفيما اذا كان سبب الموت ناتجا عن ذلك بصورة مباشرة او غـير مباشـرة كـأن يصعق عامل بالتيار الكهربائي عندما كان يقوم بتصليح بعض الاسلاك. وفي حالة مشاهدة الطبيب لأية افة مرضية يجب عليه ان يوضح علاقتها بسبب الوفاة[١].

---

[١] لمزيد من التفصيل ينظر المرجع السابق ١ / ٧٢ – ٧٩

المبحث الثاني
الاستعانة باهل الخبرة والاختصاص

على القاضي ان يستعين باهل الخبرة في القضايا المدنية لتقدير الاضرار وحجم تعويضاتها لاستبعاد الظلم من كل من المضرور والمسؤول عن دفع التعويض وتحقيق العدالة بالنسبة لجميع الاطراف.

وبالنسبة لآثار الجريمة كبقع الدم مثلا يستعين بتقنيات تحليل الدم وبالنسبة لبقية الاثار كبصمات الاصابع يستعين بالتحقيقات الجنائية.

وبالنسبة للعاهات العقلية والامراض النفسية يستعين بالاطباء المختصين وعلماء النفس.

فاذا ادعى المتهم او وكيله او شخص اخر من ذوي العلاقة بان المتهم كان حين ارتكاب الجريمة مصابا بعاهة عقلية[١]، او كان مصابا بالصرع وهوداء عصبي يتميز بنوبات فجائية من فقدان الوعي وتقترن غالبا بالتشنج[٢]، او كان مصابا بالهستريا وهي عصاب وضعف الشحنة الانفعالية وشعور ينشأ بين الذات الشاعرة والرغبات اللاشعورية المكبوتة[٣] او نحو ذلك من موانع المسؤلية الجزائية [٤]، فعلى القاضي الاستعانة بالمختصين للتاكد من وجود العرض المانع او عدم وجوده وللتاكد من مدى تاثيره على ارادة الجاني وعلى القاضي ايضا الاستعانة بعلماء النفس والاجتماع لدراسة خلفيات المتهم والعوامل التي ساقت الجاني الى ارتكاب التهمة الموجهة اليه.

---

[١] وهي كل اختلال يصيب السير الطبيعي العادي لاجهزة الجسم او قواه التي تساهم في تكوين الارادة وتحديد نصيبها من التمييز وحرية الاختيار. ينظر د. محمود نجيب حسني –المجرمون الشواذ طبعة دار النهضة / ص٢٩

[٢] الموسوعة العربية الميسرة ص ١١٢٢

[٣] د. مصطفى القللي– في المسؤلية الجزائية ص ٣٧٨

[٤] ينظر مؤلفنا – موانع المسؤلية الجزائية ص ٥٥ ومابليها

وقد اختلف الفلاسـفة والمفكرون في القضايا الجزائية منذ زمـن بعيـد في تـأثير العوامـل الذاتية (الداخلية) و الخارجية على ارادة الجاني على ثلاثة اتجاهات: - اتجاه الاختيار، واتجـاه التسيير، والاتجاه المعتدل كما في الايضاح الاتي:

اولا: اتجاه حرية الاختيار:

ففي الركن المعنوي للجريمة يفترض ان الجاني وجه ارادته على نحو مخالف لاوامر القانون او نواهيه وتكون هذه الارادة مخالفة لاوامر القـانون او نواهيـه وتكـون هـذه الارادة محـل لـوم وصاحبها جدير بالمسألة الجزائية. وبنى انصـار هذا الاتجاه قولهم بـان حريـة الاختيـار اسـاس المسؤليةالجزائية للجاني واستندوا الى حجج منها:

ا- المسؤولية في جوهرها لون على السلوك المخالف للقانون ولامحل للوم إلا إذا كـان في الاستطاعة سلوك أخر فأذا كان مفروضا عليه فلا محل لمساءلته جزائيا.

ب- لجريمة الاختيـار سندها في ضمير الشخص العادي أو الشعور بمقدرتـه علـى المفاضـلة بين البـواعث المتصلة ويشعر بتحرره من سيطرة عوامل تلجئه الى سلوك معين.

ج- الردع الخاص (زجر الجاني لمنع عودته الى ارتكاب لجريمة) والردع العـام (منـع الغـير من الاقتداءبه) لايتصـوران الا بالنسبة لشخص يسيطرعلى تصرفاته ويستطيع إلـزام نفسه بالسلوك المطابق للقانون.

وبنى أنصـار هذا الاتجاه قولهم بان أسـاس للمسؤولية الجزائية هو حرية الاختيـار والقدره على المفاضلة. ورغم هذه المبررات فإن هذا الاتجـاه تعـرض لانتقـادات شـديدة منهـا مايلي[١]: -

١. إن هذا الاتجاه يبني للمسؤولية الجزائية علـى أسـاس وهمـي غـير واقعـي وهـو إفتراض حرية الانسان في الاختيار بينما لايوجد دليل على ثبـوت هـذه الحريـة وهذا الاسـاس ليس الا زعما قديما تناقله الخلف عن السلف دون بحث او مناقشة.
٢. القول بأن الجاني كان مطلقا في إختياره وأن الجريمة وليدة إرادته الحرة وحده وأنـه كان عليه أن يستمع لنداء ضميره ويتجنب الجريمة: - قول يكذبه الواقع الملموس فالقاتل الذي يرتكب جريمة القتل ثأرا لشرفه الذي أهين، والسارق الذي يسـرق بدافع الحاجة القاسية الملحة ونحوهما من الجرائم المرتكبة تحت ضغط ملح فكيـف

---

[١] د. محمود نجيب حسني /المرجع السابق/ص٣٩٩ ومايليها، الاستاذ عبدالجبار عريم/نظريات علم الاجرام/ص ٤٤ ومايليها.

يمكن أن يقال بأن كلا منهم كان حرا في تصرفه حرية مطلقة وهو في الواقع كان مسوقا إليها بتأثير عوامل مختلفة.

٣. إذا سلمنا جدلا في تفسير الجريمة على هذا الاساس في الجرائم العمدية حيث تكون إرادة الجاني عاملا أساسيا فكيف يمكن تعميم هذا الاساس في الجرائم غير العمدية حيث لاتوجد إرادة متعمدة في ارتكاب الفعل الجرمي وإنما كان هنالك إهمال أوخطأ

٤. ان التسليم بهذا الفرض وهو ان الجريمة وليدة إرادة الجاني وحدها تترتب عليه نتائج خطيرة حيث يحجب عقول المفكرين والمشتغلين في المسائل الجزائيةعن البحث العلمي عن دراسة الاسباب الحقيقية الدافعة الى الاجرام.

٥. الاخذ بالاتجاه الذاهب الى حرية اختيار الجاني في ارتكاب جريمته يؤدي الى اهمال جانب شخص المتهم وبالتالي الى بناء حجم العقوبة على مدى جسامة الجريمة وخطورتها وغض النظر عن شخص الجاني ومدى خطورته، ثم يؤدي الى أسوأ النتائج فيحول ذلك دون تحقيق الغرض المطلوب من القانون الجزائي وأنظمته في مكافحة الاجرام.

فاهتمام الباحثين بالفعل دون الفاعل معناه الاهتمام بالعرض وإهمال الجوهر مع ان الجريمة ظاهرة تدل على نفسية معتلة ملتوية ودليل على وجود شخصية مريضة خطرة على المجتمع فيجب معالجته ومكافحة المرض[١].

ثانيا: - اتجاه التيسير المطلق:

مفاد هذا الاتجاه هو أن أسباب الاجرام تنحصر في مجموعتين رئيسيتين: -

١. مجموعة الاسباب (العوامل) الذاتية (الشخصية) التي تسمى الداخلية سواء كانت انثروبولوجية (وراثية) أو عقلية (نفسية وعصبية)

٢. مجموعة الاسباب (العوامل) الخارجية تتعلق بالوسط أو البيئة التي نشأفيها الجاني وعاش سواء أكانت طبيعية (جغرافية ومناخية) أم اجتماعية (اخلاقية ودينية واقتصاديةوتعليمية وصحية) أو سياسية (تنظيمية) أو نحو ذلك[٢].

---

[١] الاستاذ عبدالجبار عريم/نظريات علم الجرام/ص٤٥ ومايليها.

[٢] ينظر فلسفة وتاريخ القانون الجنائي لاستاذنا الدكتور علي راشد ١٦١/١ ومايليها.

ويختلف أثر المجموعتين باختلاف حالة كل مجرم لكن غلبة التأثير تكون للعوامل الداخلية ولها الحظ الأوفر في إحداث الجريمة.

لكن من أنصار الاتجاه التسيير المطلق من ذهب الى عكس ذلك فأعطى التأثير الغالب للعوامل الخارجية وبوجه خاص العوامل الاجتماعيه[١].

وأستند هذا الاتجاه الى بعض الادلة منها: -

١. هذا المذهب تطبيق لقوانين السببية (الحتمية) على التصرفات الانسانية فافعال الانسان بأعتبارها ظاهرة طبيعية نفسية خاضعة لقوانين ظواهر الكون على نحو لازم ووجود هذه القوانين ليس محل شك فهي نتيجة حتمية لاسباب مؤدية اليها، فالجريمة ليست ثمرة حرية الاختيار وإنما هي ثمرة العوامل المذكورة الذاتية منها والخارجية.
٢. حرية الاختيار لم يقم على وجودها دليل وما قدمه أنصارها من حجج لاتوجد لها قيمة استدلالية علمية واقعية.
٣. القول بالجبرية والتسيير يكفل إبراز أسباب الجريمة تمهيدا لتحديدها وعلاج خطرها بخلاف القول بحرية الاختيار.
٤. هذا الاتجاه يكفل حماية المجتمع قبل عديمي التمييز وناقصيه لان مذهب حرية الاختيار يرى عدم توقيع عقاب على عديم التمييز رغم خطورته الاجتماعية التي كشفتها عنها جريمته. فاتجاه التسيير يقر اتخاذ تدابير الاحترازية الملائمة حفاظا على مصلحة المجتمع فأساس المسؤولية الجزائية لدى هذا الاتجاه هو حماية مصلحة المجتمع من الخطر لان الجريمة اذا وقعت لابد ان يقابلها رد فعل من المجتمع فكما أن الجريمة حتمية على الجاني كذلك الدفاع أمر حتمي على المجتمع.

وقد انتقد اتجاه الجبر والتسيير ايضا من أوجه متعددة منها: -

١. اذا كان الشخص مجبرا على أتيان الجريمة فكيف يوفق بين تلك الحتمية وتوقيع العقاب على الجاني المجبر على ارتكاب الجريمة الا يكون العقاب في هذه الحالة ظلماً صارخاً.
٢. على اتجاه الجبر يكون المجرم مساقا الى ارتكاب جريمته بفعل جبر ذاتي أو خارجي فيكون بمثابة الآلة بيد الظروف فكيف توجه اليه المسؤولية الجزائية وكيف يوصف فعله بانه جريمة[١].

---

[١] كأنصار المدرسة الاجتماعية الوضعية الفرنسية التي يتزعمها ميل دوركايم (١٨٥٨-١٩١٧).

تقويم للمذهبين:

١. كل منهما ينطوي على جانب من الحقيقة لكن في نفس الوقت لكل منهما طابع التطرف في الرأي ففي الاتجاه الاول افراط في اقرار حرية الاختيار وفي الثاني تفريط في سلب هذه الحرية عن الجاني.
٢. ليس من الصواب القول بأن الانسان يتمتع في تصرفاته بحرية مطلقة لان الواقع يشهد بان كل شخص خاضع في تصرفاته لبعض العوامل تضيق من نطاق حريته. كذلك ليس من الصواب القول بخضوع الانسان في صورة سلبية خالصة لقوانين السببية (الحتمية) على اساس انه آلة بيد الظروف كالريشة في مهب الرياح.
٣. المساواة بين الانسان وسائر الموجودات في الخضوع للظروف تكذبها الفروق الواضحة بين الانسان وهذه الموجودات.
٤. الانسان يتميز بعقل يميزه من غيره وهو مناط تكليفه فهو كائن واع يستطيع العلم بما يحيط به وله الملكة على تحديد غايات يسعى بافعاله الى تحقيقها وله القدرة على المفاضلة واختيار ما يراه مناسبا له ولو كان ذلك حسب ظنه واعتقاده وظروفه.
٥. كما أن حرية الانسان المطلقة في الاختيار ليس عليها دليل علمي ملموس كذلك القول بأن الانسان آلة بيد الظروف وما إرادته الا آلة لتنفيذ أوامر تلك الظروف والعوامل فذلك ايضا لايقوم الدليل العلمي الملموس عليه فالفكرتان من حيث اثبات العلمي التجريبي في مستوى واحد.
٦. على المفكرين والفلاسفة وعلماء القانون الجزائي استبعاد التعرض لهذه المشكلة الفلسفية (معضلةالتسيير والتخيير) وعليهم توجيه اهتماماتهم الى دراسة الامراض الجرمية وتشخيص اسبابها الرئيسة ومعالجة هذه الامراض بالطرق العلمية الحديثة لمقاومة الاجرام ومكافحته بالطرق العلمية الحديثة الميسرة.

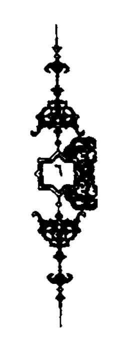
ثالثاً – الاتجاه التوفيقي المعتدل: -

حقيقة هذا الموضوع عبارة عن وسط بين الاتجاهين السابقين فالانسان يتمتع في الظروف العادية بحرية مقيدة فثم عوامل لايمكن أن يسيطر عليها الجاني وهي توجهه على نحو لاخيار

---

[1] دكتور محمود نجيب حسني /المرجع السابق/ص٤٠٢ ومايليها، الاستاذ عبدالجبار عريم/المرجع السابق/ص ٤٨ ومايليها.

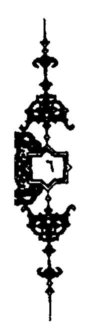
له فيه ولكنها لاتصل الى حد املاء الفعل عليه وإنما تترك له قدرا من الحرية يتصرف فيه وهذا القدر كاف لكي تقوم المسؤولية على اساس منه. ثم أن التوفيق بين المذهبين ممكن من حيث النتائج فالمسؤولية تقوم على اساس من حرية الاختيار وهي تستتبع الجزاء في صورة العقوبة لكن رغم جميع الاحتمالات والارا الخلافية على القاضي لغرض تحقيق العدالة أن يستعين بأهل الاختصاص حتى يستطيع الاطلاع على تفصيلات العوامل التي تسوق الجاني الى ارتكاب جريمته. فهذه العوامل قد تكون ظروفا مشددة وقد تكون اعذارا مخففة كما في حالات الضرورة والإكراه وقد تكون مانعة من للمسؤولية الجزائية دون المسؤولية المدنية كالعاهات العقلية، وقد تكون من اسباب الاباحة كما في حالات الدفاع الشرعي ونحو ذلك. وفي جميع الفرضيات المذكورة ليس بأمكان القاضي ان يعرف بنفسه كل ظرف ودوره في التأثير على ارادة المتهم وبالتالي على حجم العقوبة. فالاستعانة بالغير من أهل الخبرة وأهل الاختصاص من الضروريات التي تحتمها العدالة.



الفصل السادس

المنطق القانوني

نتناول هذين الموضوعين في مبحثين يخصص الأول للمنطق القانوني في التصورات والثاني للمنطق القانوني في التصديقات



المبحث الأول

المنطق القانوني في التصورات

تعريفه: المنطق قانون مراعاة قواعده تعصم العقل من الخطأ في كسب المجهولات من المعلومات.

موضوعه: المعلومات التصورية والتصديقية من حيث أنها وسائل لكسب المجهولات التصورية والتصديقية.

غايته: حفظ العقل عن الخطأ حين التفكر والنظر في المعقول[1].

التصورات والتصديقات:

أ- التصور: - عبارة عن أحد الادراكات الأربعة الآتية:

١. إدراك للمفردات بدون نسبة بعضها الى بعض كإدراك (الجريمة) وإدراك (الفضيلة) ونحو ذلك.
٢. إدراك جملة ناقصة كأدراك (جريمة التزوير) و (جريمة القتل) ونحو ذلك.
٣. إدراك جملة تامة إنشائية مثل قول البائع للمشتري بعتك سيارتي بكذا فهي جملة مضمونها غير موجود في خارج الذهن قبل إنشائها وجدير بالذكر أن جميع الجمل الانشائية من باب التصورات.
٤. إدراك جملة خبرية بدون الأذعان وإنما على سبيل الشك أو الوهم أو التخيل كإدراك وجود الحياة على كوكب المريخ فهو لايزال في مرحلة الشك فلا يوجد مرجع لترجيح وجود الحياة على عدمها أو عدمها على وجودها.

ب- التصديق: - هو إدراك جملة تامة خبرية على سبيل الاذعان (الاقتناع) كادراك (المتهم بريء حتى تثبت إدانته)

---

[1] المعقولات هي المعلومات التصورية والتصديقيه المخزونة لدى العقل.

مراتب العلم: - للعلم معنيان المعنى الخاص وهو الاعتقاد الجازم الثابت المطابق للواقع، والمعنى العام وهو الادراك المطلق وينقسم الى الاقسام السبعة الأتية من الصعود الى الهبوط من حيث القوة والضعف: -

١- اليقين: - هو الاعتقاد الجازم الثابت المطابق للواقع مثل الكل أكبر من الجزء.

٢- الجهل المركب: - هو الاعتقاد الجازم الثابت غير المطابق للواقع وتسميته (الجهل المركب) لكونه مكونا من جهلين أحدهما عدم علم الشخص بالواقع والثاني عدم علمه بانه لايعلم الواقع كمن يعتقد بوجود شيء أونفيه إعتقادا لايمكن إزالته بسهولة بالاضافة الى أنه يعتبر نفسه على حق.

٣- التقليد: - وهو الاعتقاد الجازم غير الثابت كاخذ الرأي من الغير واتباعه بدون معرفة دليله فهذا التقليد (الاتباع) قابل للزوال باخذ رأي اخر بدلا من الراي الاول.

٤، ٥ - الظن والوهم: - فالطالب النشيط يعتقد اجتياز الامتحان بنجاح ٩٠٪ ويتصور فشله ١٠٪ فالادراك الاول ظن والثاني وهم وبناء على ذلك يكون الظن دائما هو الطرف الراجح والوهم هو الطرف المرجوح.

٦- الشك: - وهو التردد بين أمرين على سبيل التساوي دون ترجيح احدهما على الاخر كتردد علماء الفضاء في وجود الحياة على كوكب المريخ.

٧- التخيل: - هو ادراك الطرف المقابل لليقين كمن يتصور انه يعيش في الحياة اكثر من المدة الاعتيادية لحياة الانسان فاليقين والجهل المركب والتقليد والظن من باب التصديقات والشك والوهم والتخيل من التصورات. والقاضي لايكلف بان يعمل دائما بالادراك المرادف لليقين وإلا لأدى ذلك الى ضياع كثير من حقوق الناس لأن البينات القانونية في المرافعات تحتمل الصدق والكذب والحق والباطل لانها اخبار وكل خبر فيه الاحتمالات المذكورة. وبناء على ذلك متى حصل للقاضي الاقتناع بالادله المتوفرة لديه، له الحق أن يحكم بمقتضى قناعته ولو كان مخطأ.

البدهي والنظري:

كل من التصور والتصديق اما بدهي اذا كان ثبوته لايحتاج الى دليـل كتصـور الحـرارة للنار وكالقول بان الشمس مشرقة، وإما نظري يحتاج للأثباته الى النظـر والـدليل كـأدراك الجين البشري في التصورات واثبات الدعوى امام القضاء في التصديقات.

التصورات مبادؤها ومقاصدها:

اولا: مبادىء التصورات:

من اهم مبادىء التصورات في المنطق الكليات الخمس (الجنس والفصل والنوع والعـرض الخاص والعرض العام).

وهذه المبادىء الخمسة من اقسام المفهوم والمفهوم مايفهم من دال سواء كان لفظـا أوغـيره لان مايدل عليه الشيء من حيث انه يفهم منه يسمى مفهوما ومن حيـث انـه يـدل عليـه يسمى مدلولا ومن حيث انه يقصد منه يسمى معنى.

وجدير بالذكر ان علم المنطق لايعير الاهمية للالفـاظ الا بقـدر دلالاتهـا علـى المفـاهيم. ودلالة الشيء على المفهوم اما وضعية أو عقلية أو طبيعية.

الوضع: - جعل الشيء دليلا على المعنى أو المفهوم لفظا كان او غيره سواء كان الواضع من أهل اللغة او الشرع أو القانون أو أي اصطلاح اخر.

الدلالة: - كون الشيء بحالة يلزم من العلم به -بعد العلم بتلك الحالة – العلم بشيء اخر سواء كانت تلك الحالة وضعا أو عقلاأو طبيعة.

والدلالة إما مطابقية أو تضمنية أو التزامية وعلى سبيل المثل دلالة العقد على مجمـوع الايجاب والقبول مطابقية لان اللفظ مطابق للمعنى بـدون زيـادة أو نقصـان ودلالتـه علـى الايجاب فقط أو القبول فقط ضمن المجموع تضـمنية ودلالتـه علـى الحقـوق والالتزامـات المترتبة عليه التزامية.

اقسام الدلالة المطابقية:

١. الدلالة الوضـعية اللفظيـة: - كدلالـة لفـظ (القتـل) علـى ازهـاق روح انسـان في الاصطلاح القانوني والشرعي.

٢. الدلالة الوضعية غير اللفظية: - كدلالة اشارات المرور على جواز الاجتياز وعدمه وكالماركات التجارية وعناوين المحلات العامة.
٣. الدلالة العقلية اللفظية: - كدلالة الالفاظ المسموعة من اجهزة الاتصالات اللاسلكية او السلكية على وجود من يتلفظ بها.
٤. الدلالة العقلية غير اللفظية: - كدلالة آثار الجريمة على تشخيص الجاني وطبيعة الجريمة.
٥. الدلالة الطبيعية االلفظية: - كدلالة انين المريض على آلآمه ودلالة الألفاظ المضطربة من المتهم على علاقته بالتهمة الموجهة إليه.
٦. الدلالة الطبيعية غير اللفظية: - كدلالة سرعة نبضات قلب المتهم حين إستجوابه على صلته بالتهم المنسوبة اليه.

أقسام المفهوم من حيث الشمولية:

١. الكلي: وهو الذي لايمتنع عقلا صدقه على كثيرين من الافراد كصدق مفهوم الانسان (الكائن الحي الناطق بالطبع) على افراده.
٢. الجزئي: هو الذي لايتصور العقل صدقه على اكثر من واحد كاسم العلم بعد معرفة الشخص المسمى به مثل خالد، احمد وغيرهما من اسماء الاعلام بعد العلم المخاطب بالشخص المسمى بهذا الاسم.

أقسام المفهوم الكلي من حيث الطبيعة والماهية:

أ. الذاتي: - وهو القائم بذاته في ماهيته وينقسم الى الجنس والفصل والنوع.
ب. العرضي: - وهوالقائم بغيره سواء كان عرضا خاصاً كالضحك للانسان او عرضا عاما كالتنفس لكل كائن حي كما في الايضاح الآتي: -

١. الجنس: وهو كلي ذاتي ينطبق على حقائق وماهيات مختلفة مندرجة تحته ويحمل عليها كالحيوان الذي يشمل جميع الحيوانات وكالجريمة فهي اذا اطلقت تشمل جميع انواع الجرائم مثل السرقة والقتل وخيانة الامانة، وهتك العرض، والتجسس ونحو ذلك.
٢. الفصل: وهو كلي ذاتي وظيفته تمييز نوع من الانواع المندرجة تحت الجنس المشترك من سائر الانواع المشتركة معه في هذا الجنس كالناطق بالنسبة للانسان فانه يشترك مع غيره في كونه كائنا حيا متحركا بالأرادة. فاذا قيل الكائن الحي الناطق

بالطبع لايشمل غير الانسان لان لفظ (الناطق) فصل يميزه مـن سـائر الكائنـات الحية.

٣. النوع: وهو كلي ذاتي مكون من جنسه وفصله ويحمل على جميع مـا ينـدرج تحتـه من الأصـناف المتفقة في الحقائق والماهيات والمختلفة في الصفات الخاصة بكل صـنف ومشخصاته. كنوع التمر الذي تندرج تحته جميع اصنافه، وكالقتل فانـه نـوع مـن جنس الجريمة تندرج تحت مفهومه جميع اصناف القتل مـن القتـل العمـد العـدوان، والقتل شبه العمد (الضرب المفضي الى الموت) والقتل الخطـأ، والقتـل بحق وغـير ذلك من الاصـناف الاخرى.

٤. الخاصة (او العرض الخاص): وهي كلي عرضي خاص بنوع من الانواع او صنف من الاصـناف ويحمل عليها فيقال الانسان كاتب او ضاحك اونحو ذلك.

٥. العرض العام: وهو كلي عرضي اذا اطلق يشمل اكثر من نوع واحد او جـنس واحـد كالأنماء وكالحركة اللاإرادية ونحوها.

وماهيات الاشياء تتكون من ذاتياتها (جنسها وفصلها) وتبين لنا من الاقسام المـذكورة بعض الاخطاء القانونية الشائعة منها مايأتي:

أ. الخلط بين النقود وغيرها في معايير التميز بين المثلـي والقيمـي حيـث عـرف فقهـاء الشريعة وعلماء القانون المثلي بانه (مايوجد له المثل في السوق بـدون تفـاوت يعتـد به) كالتمر من صنف واحد، والحنطة من صنف واحد.[1]

وعرفوا القيمي بانه (ما لايوجد مثله في السوق او يوجد لكن مع التفاوت المعتد بـه في القيمة)[2]. كالسيارة والحيوان ونحوهما. مع ان معيار التمييز بين المثلي والقيمـي في النقود هو ان مثل النقود ما يساويها صورة ومعنى. وصورة كـل عملـة واضـحة واما معناها فعبارة عن قوتها الشرائية. وبناء على ذلك اذا انخفضت القوة الشرائية للعملة في بلد من بلاد العالم بسبب ظروف إستثنائية كالتضـخم او إرتفعـت بسـبب الأمن والأستقرار وزيادة كمية الرصيد في البنك او نحو ذلك تتحول هذه العملـة مـن كونها مثلية الى قيمية[3].

---

[1] على هذا الاساس اعتبروا النقود من صنف واحد من المثليات.

[2] مجلة الاحكام العدلية المادتان (١٤٥ و١٤٦)

[3] ينظر مؤلفنا اصول الفقه في نسيجه الجديد ٢/٢٣٠ ومايليها

ويترتب على هذا التحول اعتبار قيمة العملة وقت القبض او وقت الالتزام.

وعلى سبيل المثل من تزوج إمرأة على مهر مؤجل مقداره مائة دينار عراقي وكان قيمة الدينار وقت الزواج مثقالا واحدا من الذهب وبعد الفرقة بالوفاة او الطلاق وحلول اجل دفع المهر يجب تقويم الدينار بقيمة يوم الزواج لا بقيمة وقت الفرقة. وقس على ذلك جميع الديون المؤجلة من النقود.

ب. الخلط الشائع بين الصنف والجنس واستعمال لفظ (الجنس) مكان (الصنف) كما في الجنسية وهوية الاحوال المدنية والاستمارات التي توزع في الدوائر لمعرفة هوية منتسبيها فيكتب في الحقل (الجنس) بدلا من الصنف علما بان الذكروالانثى صنفان من نوع الانسان.

ج. خطأ فقهاء الحنفية في اعتبار المنافع اعراضا قائمة بالأعيان وتجددها بتجدد الزمان وبناء قولهم على هذا الاساس بان المنافع غير مضمونة لانها تتجدد بتجدد الزمان فهي ليست باموال حتى يكون إتلافها موجبا للضمان[١] لان المال عرف بانه (ما يميل اليه طبع الانسان ويمكن ادخاره الى وقت الحاجة منقولا او غير منقول)[٢]. وهذا القول من الحنفية خلط بين المنفعة والانتفاع فالانتفاع هو الذي يتجدد بتجدد الزمان والمنفعة من الاعراض التي تستهلك ببطء مع مرور الزمان والاستعمال وهي طاقة كامنة في رقبة الاشياء النافعة فهي تستهلك بمرور الأيام.

د. تقسيم علماء القانون وفقهاء الشريعة المنافع الى العامة والخاصة فاذا خصصت اعيان للنفع العام كالمستشفيات الحكومية تكون المنفعة في نظرهم عامة واذا خصصت للنفع الخاص كالدور المملوكة ملكية خاصة تكون المنفعة خاصة. وهذا ايضا خطأ شائع فمنفعة الشيء التي هي طاقته الكامنة لاتوصف بالعمومية والخصوصية وهذا ايضا خلط بين المنفعة والأنتفاع والثاني هوالذي يوصف بالعمومية والخصوصية دون المنفعة.

---

[١] وبناء على هذا الاتجاه الحنفي اذا غصب شخص دار غيره وسكن فيها مدة ثم خرج منها لايضمن اجره المثل لمنفعة الدار في تلك المدة.

[٢] مجلة الاحكام العدلية / المادة (١٢٦)

النسب بين المفاهيم:

إذا قورن مفهوم مصطلح بمفهوم مصطلح آخر فلا تخلو النسبة المنطقية بينهما من احدى الأربع الآتية: -

١. المساواة: وهي ان يصدق كل من المفهومين على كل مـا يصـدق عليـه المفهـوم الآخر كالعقد الموقوف والعقد غير النافذ لمفهوم كل منهما هو إنعقـاد العقـد صحيحا مع عدم ترتب الاثار (الحقوق والالتزامات) إلا بعد إجازة عن لـه حـق الأجازة كبيع ناقص الأهلية فإنه يتوقف في ترتب آثاره على إجازة وليـه.

٢. التباين وهو ان لايصدق مفهوم اي منهما على ما يصدق عليه المفهـوم الآخـر كالمجرم والبريء والعقد الصحيح والعقد البـاطل.

٣. العموم والخصوص المطلق: - وهو ان يتحقق العام دائما اينما تحقـق الخـاص دون العكس الكلي كالجريمة والقتل بغير حق. فكل قتل بدون حق جريمة ولكن ليست كل جريمة قتلا لجواز ان تكون سرقة او هتك عرض او غيرهما.

٤. العموم والخصوص من وجه: وهو ان يجتمع المفهومان معا وان يفترقا كالمال والحق الشخصي فهما خاصان من حيث إجتماعهما معا في شيء واحد كالدين المتعلق بذمة المدين فهو مـال وحق شخصي. وعامـان من وجه انه قد يجتمع كـل منهمـا مع غيره ففي الحق العيني[١] يتحقق المال بدون الحق الشخصي، وفي تمتع كل مـن الزوجين بالآخر يتحقق الحق الشخصي بدون المال[٢]. وبنـاء على مـاذكرنـا تكـون مـبادىء التصـورات هي الكليات الخمس (الجنس والفصل والنوع والعرض الخاص والعرض العام)، ومتعلقاتها. ومن وجهة نظرنـا المتواضـع ان الكليـات ليسـت بخمس كما ظن علمـاء المنطـق وإنمـا هـي سـت والكليـة السادسـة عبـارة عـن (الصنف) وهو كلي ينطبق على ما يندرج تحته من الأفراد المتفقين في الحقـائق والمختلفين في الخواص والمشخصات كأصنـاف التمر فهي تندرج تحـت نـوع التمـر ويندرج تحت هذه الاصنـاف أفراد التمر وهذا الصنف يعود الى الكليات الذاتيـة دون العرضـية.

---

[١] الحق العيني هو سلطة مباشرة لشخص معين على شيء معين تخوله حق التصرف والأستعمال والأستغلال والحيازة كحق الملكية.

[٢] ينظر مؤلفنا المنطق القانوني في تصورات ص٨٨

ثانياً: -مقاصد التصورات:

مقاصد التصورات عبارة عن تعريفات المصطلحات إما بذاتياتها (ماهياتها) كالتعريف بالجنس والفصل أوبالذاتيات مع العرضيات أو بالخواص العرضية والشلوقات المتصورة لهذه التعريفات من حيث المبادئ. التصورية التي تستخدم فيها أربعة:

١. الحد التام: - وهو تعريف المصطلح بجنسه وفصله القريبين كتعريف الجريمة بأنها محظور معاقب عليه فالجزء الاول من هذا التعريف جنس يشمل الاعمال المحظورة سواء كانت جزائية أو مدنية. والجزء الثاني فصل يخرج الاعمال غير المشروعة المدنية التي ترجب ضمان التعويض دون العقاب.

٢. الحد الناقص: -وهو تعريف المصطلح بجنسه البعيد وفصله القريب أو بالفصل فقط كتعريف الجريمة بأنها حدث معاقب عليه. فالحدث جنس بعيد يشمل الاحداث المشروعة وغير المشروعة. والتعريف بالفصل وحده كتعريف الجريمة بأنها معاقب عليها أو التعريف بالجنس والفصل القريبين مع اضافة خاصة من خواصه كتعريف الجريمة بأنها محظور معاقب عليه ضد المصلحة العامة.

٣. الرسم التام: - هو تعريف الشيء بخاصة من خواصه مع جنسه القريب كتعريف الجريمة بأنها محظور يضر بالمصلحة العامة أوبالجنس والفصل القريبين مع خاصة من خواصه كتعريف الجريمة بأنها محظور معاقب عليه يرفضه الرأي العام.

٤. الرسم الناقص: -هو تعريف الشيء بخواصه لا بذاتياته كتعريف الملكية بأنها سلطة تخول صاحبها حق التصرف والاستعمال والاستغلال والحيازة. أوتعريفه بخاصة من خواصه مع جنسه البعيد كتعريف الجريمة بأنها حدث يعتدى به على حق عام.

شروط التعريف:

يشترط في كل تعريف حدا كان أورسما، تاما أوناقصا. شروط اهمها مايأتي: -

١. أن يكون المعرِف والمعرَف متحدين بالذات ومتغايرين بالاعتبار فأذا لم يكونا متحدين بالذات يكون تعريفا بالمباين كتعريف الالتزام في المادة (٦٩) من القانون المدني العراقي القائم بأنه (رابطة قانونية مابين شخصين دائن ومدين يطالب

بمقتضاها الدائن المدين بأن ينقل حق عينيا أو يقوم بعمل أو يمتنع عن عمل)[١].

وهذا تعريف بالمباين وهو باطل من وجهين: -

احدهما: - أن الالتزام من مقولة الانفعال[٢] (المطاوعة) بينما الرابطة القانونية من مقولة (الاضافة) أي نسبة مكررة بين الشيئين تصور احدهما يتوقف على تصور الآخر فالرابطة علاقة او نسبة بين الدائن والمدين تصور نسبتها الى احدهما يتوقف على تصور نسبتها على الاخر.

والثاني: - الالتزام صفة خاصة بالمدين والرابطة القانونية صفة مشتركة بين الدائن والمدين وهما متباينتان ذاتا و اعتبارا فلا تعرف إحداهما بالاخرى.

والتعريف الصحيح للالتزام هو انه: (تحمل اداء واجب طوعا او كرها يترتب عليه انشغال الذمة بحق للغير حتى ينقضي)[٣].

٢. يشترط ان يكون المعرف (بكسر الراء) اوضح من معرفه (بفتح الراء) فلا يجوز تعريف الذمة بانها (وعاء للحقوق والالتزامات) لان هذا الوعاء ليس باوضح من الذمة المالية.

٣. يشترط ان لا يتوقف كل منهما على الاخر فلا يجوز تعريف الالتزام بانه (مجموع ماللانسان من الحقوق والألتزامات) لأنه لايتصور وجود الحقوق والألتزامات بدون وجود الذمة المالية فلو توقف وجودها على هذا المجموع للزمت المصادرة على المطلوب[٤]. وبالأضافة الى ذلك لزم ان لايكون للأنسان الذي ليس له حين ولادته اي حق ولا عليه اي إلتزام ان لا تكون له الذمة المالية وهذا مخالف للأجماع على ان الذمة المالية تولد مع ميلاد الأنسان وتموت بموته. واذا فسرت الحقوق والألتزامات بانها تشمل ماتكون بالفعل او بالقوة اي من شأنه ان يكون له الحقوق وعليه

---

[١] وقد نصت الفقرة الثالثة من هذه المادة على انه (ويؤدي التعبير بلفظ الالتزام) وبلفظ (الدين) نفس المعنى الذي يؤديه التعبير بلفظ (الحق الشخصي).

[٢] الانفعال هو تأثر شيء بشيء اخر كما أن الفعل هو تأثير شيء في شيء اخر فالالزام فعل والالتزام انفعال.

[٣] ينظر مؤلفنا نظرية الالتزام برد غير المستحق ص ١٣٠ ومايليها.

[٤] اي للزم توقف الشيء على ما يتوقف عليه وهو يستلزم توقف الشيء على نفسه المستلزم لتقدم الشيء على نفسه واللازم باطل فكذلك الملزوم.

الألتزامات في المستقبل اي صلاحيته لها لزم الخلط بين الذمة المالية واهلية الوجوب الكاملة[١].

٤. ان يكون التعريف جامعا اي شاملا لجميع افراد معرفه فلا يجوز تعريف عيب الأرادة بالأكراه لأنه لايشمل سائر عيوبها من غلط وتغرير واستغلال.

٥. ان يكون التعريف مانعا من الأغيار بان لايدخل في التعريف ما لايدخل في معرّفه فلايجوز تعريف القتل بانه جريمة الأعتداء على الغير لأن هذا التعريف يشمل القتل وغيره وكذلك لايجوز تعريف العقد بأنه تصرف قانوني لأنه لايكون مانعا من دخول الأرادة المنفردة.

٦. ان لايكون من قبيل تعريف الشيء بحكمه كتعريف المشرع العراقي[٢] الطلاق الرجعي بانه ما جاز للزوج مراجعة زوجته للمطلقة اثناء عدتها منه. و تعريف الطلاق البائن بانه لايجوز مراجعة زوجته الا بعقد جديد لأن القاضي اذا لم يعرف مقدما كون الطلاق رجعيا او بائنا لايستطيع ان يحكم بهذين الحكمين فتعريف الشيء بحكمه باطل.

والتعريف الصحيح للطلاق الرجعي هو انه (كل طلاق بعد الدخول بدون مقابل (عوض) على ان لايكون للمرة الثالثة). والطلاق البائن هو (كل طلاق قبل الدخول او بعده بعوض او للمرة الثالثة).

---

[١] وهي صلاحية الأنسان لأن يكون له الحقوق وعليه الألتزامات وهذا ايضا باطل.

[٢] في قانون الأحوال الشخصية رقم ١٨٨ لسنة ١٩٦٩ المادة (٣٨)

المبحث الثاني
المنطق القانوني في التصديقات

التصديق كما ذكرنا عبارة عن القناعة بصحة جملة خبرية[1] موجبة كانت مثل (كل جريمة اعتداء على حق الغير) أوسالبة مثل (لايملك الانسان التصرف في مال الغير بدون نيابة).

فالتصديقات كالتصورات لها مبادي، ولها مقاصد كما في الايضاح الآتي: -

اولا: مبادىء التصديقات:

وهي مقدمات مسلمات لدى المستدل بها من شأنها أن تكون صادقة (مطابقة للواقع) أو كاذبة (غير مطابقة للواقع).

وهي إما بديهيات ثبوتها لايحتاج الى دليل كالمتواترات والمجربات ونحوها أو نظريات كالمكتشفات العلمية الحديثة المكتسبةعن طريق النظر والاستدلال.

وهذه المقدمات أطلق عليها علماء المنطق مصطلح (القضايا) وعرفوا القضية بانها: (قول يحتمل الصدق والكذب)[2] وآثرت تعبير (المقدمة) على (القضية) لأنها مقصودة لالذاتها وإنما لتصبح مقدمة من مقدمات الأدلة العقلية المنطقية ثم إن للقضية مفهوما أخر في العصر الحديث غير المفهوم المنطقي في المقدمة والقضية إما حملية أو شرطية، و الحملية إما مخصوصة أو طبيعية أو كلية أو جزئية أو مهملة.

والشرطية إما متصلة أو منفصلة، والمتصلة أمالزومية أواتفاقية والمنفصلة إما حقيقية أو مانعة الجمع أو مانعة الخلو كما في الايضاحات الاتية: -

---

[1] التعبير عن الجمل الخبرية عند علماء المنطق تعبير مجازي لان المنطق يتعامل مع الافكار لا مع الالفاظ، فالالفاظ مقصودة لغيرها لالذاتها أي أنها يبحثها علم المنطق من حيث دلالتها على المفاهيم.

[2] تهذيب المنطق للعلامة سعد الدين التفتازاني بشرح الخبيصي للعلامة الشيخ عبيدالله بن فضل الخبيصي /سنة ١٩٦٥/ص٣٣.

أ- الحملية: - جملة خبرية مكونة من جزئين يحمل احدهما (الجزء الاخير غالبا) على الآخر (الجزء الأول) فالأول يسمى موضوعا أو (مسندا إليه) والثاني يسمى محمولا أو (مسندا) لانه يحمل على الموضوع إما إيجابا مثل (الاصل براءة الذمة) أوسلبا مثل (لاينعقد عقد عديم الأهلية).

اقسام الحملية:

تنقسم القضية الحملية من حيث الموضوع والكم[1] الى الأقسام الخمسة الأتية: -

١. مخصوصة (شخصية): - اذا كان موضوعها شخصا معينا كأن يقال خالد متهم.
٢. طبيعية: - اذا كان موضوعها ماهيه لاينظر فيها الى الأفراد كأن يقال (البينة أقوى من القرينة).
٣. كلية: - اذا كان المنظور إليه في الموضوع هو الافراد كليا مثل (كل انسان فان)
٤. جزئية: - اذا كان الماخوذ من الموضوع بعض الأفراد مثل (بعض الناس يخالفون القانون).
٥. مهملة: -اذا كان الموضوع أفراداً لم تبين كميتهم لا كلا ولا بعضا مثل (أناس لايستخدمون العقل في التعامل مع الغير).

ب- الشرطية: - وهي مكونة من جملتين إحداهما تسمى شرطا لتوقف الاخرى عليها، والثانية تسمى جوابا أو (جزاءً)

أقسام الشرطية: - متصلة ومنفصلة

أ. المتصلة: - هي التي تتكون من جملتين إحداهما شرط لوجود الاخرى وهي قسمان: -

١. لزومية: -إذا كانت إحداهما لازمة للاخرى لوجود علاقة بينهما بحيث تجعل احداهما بمثابة علة للاخرى كان يقال (اذا كان الماء موجودا على سطح المريخ كانت الحياة موجودة) ومثل (لو ثبتت التهمة للزمت إدانة المتهم).
٢. إتفاقية: - وهي التي لايكون إجتماعهما مبنيا على علاقة تجعل احداهما علة والاخرى معلولة وإنما يكون الاجتماع مبنيا على الصدفة.

---

[1] أي بالكلية مثل (كل إنسان ناطق) أو الجزئية مثل (بعض الانسان كاتب).

كالاجتماع بين الصفات الانثروبولوجية وبين الصفة الجرمية للجندي الايطالي الذي قتل في ساحة التدريب فجأة ولسبب تافه ثمانية من رؤسائه ورفاقه من الجنود.

وقد ربط لومبروزوالطبيب الايطالي[١] في استنتاجاته من دراسة بعض صفات الانسان بين بعض الصفات الظاهرة له وبين كونه مجرما بالطبع كصغر الجمجمة عند مجرمي السرقات وكالصلات بين الانحناءات والالتواءات والأخاديد في جماجم الانسان ونحو ذلك وبين كونهم مجرمين بالطبع[٢].

ومن الصفات التي اعتبرها لومبروزو من مظاهر الانسان المجرم بالطبع: سمكالفك، والآذان العريضة، وسعة محاجر العيون، والنظر الحاد، وانحدار الجبهة الى خلف الرأس بشكل يجعل القسم الأسفل من الرأس غير متناسب مع بقية الرأس، وارتفاع عظام الخدود، والأنف المنبسط قليلا المنحدر الى اسفل بشكل قوسي، وسعة المنخرين ونحو ذلك[٣].

وانتقد هذا الاتجاه بأن العلم الحديث اثبت انه ليس لأية صفة من الصفات الجسمية او التشريحية قوة في حد ذاتها ان تكون اساسا للنزعة الاجرامية.

والواقع ان الأتصال بين هذه الصفات وبين كون اصحابها من المجرمين بالطبع من باب الصدفة ولايوجد التلازم بينهما لأن الواقع اثبت ان هنالك كثيرا ممن يتصفون بهذه الصفات لا اعتراض على سلوكهم وحسن نواياهم وتصرفاتهم حين احتكاكم بغيرهم.

ب. الشرطية المنفصلة: -

وهي مقدمات (قضايا) يحكم فيها العقل بالتنافي او عدم التنافي بينهما وهي ثلاثة اقسام: -

١. المنفصلة الحقيقية: -وهي التي يحكم فيها بالتنافي بين المقدمتين فاكثر وجودا وعدما كما في المادة (٦٧) من القانون المدني الاردني القائم التي نصها (يكون الحق شخصيا او عينيا او معنويا) وفي ميزان المنطق هذا النص

---

[١] ولد لومبروزوفي مدينة بافيا بايطاليا سنة ١٨٣٨.

[٢] ينظر نظريات علم الاجرام الاستاذ عبدالجبار عريم المرجع السابق ص ٦٤ ومايليه.

[٣] المرجع السابق ص ٦٦.

القانوني يعتبر قضية منفصلة حقيقية لايمكن الجمع بين هذه الاقسام في محل واحد اذا اريد بالحق معناه العام الشامل للجانب المالي وغير المالي ولايخلو في نفس الوقت من واحد منها.

٢. المنفصلة مانعة الجمع: - وهي التي يكون التنافي فيها في الجمع معا في كل واحد لا في الخلو معا كأن يقال هذا القتل اما مقترن بظرف مشدد او بظرف مخفف فالظرفان لايجتمعان باعتبار واحد معا للتنافي بينهما لكن قد يتخلفان معا بان يكون القتل بسيطا غير مقترن بظرف مشدد ولابظرف مخفف كما في المادة ٤٠٥ من قانون العقوبات العراقي القائم التي نصها (من قتل نفسا عمدا يعاقب بالسجن المؤبد او المؤقت).

٣. المنفصلة مانعة الخلو: - فيجوز الجمع بين المقدمتين لكن لايجوز الخلو عنهما معا كأن يقال للمتهم إما ان يكون مجرما او لايعاقب فيجوز ان يكون مجرما وفي نفس الوقت لايعاقب لوجود مانع من موانع المسؤلية الجزائية كالجنون وعدم التمييز او من موانع العقاب كإيقاف التنفيذ لكن لايجوز الخلو من كليهما وإلا للزام ان لايكون مجرما ويعاقب وهذا ما لايقره اي قانون في العالم وكما في المادة (٣٩٥) من مشروع القانون المدني العراقي (لا يجوز لأحد المتعاقدين الرجوع عن العقد ولاتعديله الا بمقتضى نص القانون او باتفاق الطرفين) فهذا النص قضية منفصلة مانعة الخلو فلايجوز الرجوع او التعديل الا بالتراضي او النص القانوني ولكن يجوز الجمع بينهما بان يتم الاتفاق الرضائي الى جانب النص القانوني.

التناقض بين المقدمات (القضايا):

عرف علماء المنطق التناقض: بانه (اختلاف قضيتين بحيث يلزم لذاته[١] من صدق كل[٢] كذب الاخرى وبالعكس[٣]) وينبني على هذه الحقيقة للتناقض ان المتناقضين أنه لا يجتمعان

---

[١] اي لذات الاختلاف

[٢] اي كل من القضيتين

[٣] اي يلزم من كذب كل صدق الاخرى. ينظر تهذيب المنطق المرجع ص ٥٤

معا ولا يرتفعان معا. ويشترط لتحقق التناقض وحدة المتناقضين في تسعة امور واختلافهما في ثلاثة امور:

أ- الوحدة في الامور التسعة الاتية:

١. وحدة الموضوع: اي المحكوم عليه او المسند اليه فلا تناقض بين (عقد كامل الأهلية صحيح) و (عقد عديم الاهلية باطل) لعدم وحدة الموضوع.

٢. وحدة المحمول: فلاتناقض بين (عديم الاهلية يسأل مدنيا) و (عديم الاهلية لا يسال جزائيا) في حالة إلحاق الضرر بالغير.

٣. وحدة الزمان: فلاتناقض بين (المبيع في ضمان البائع) اي قبل التسليم و (المبيع ليس في ضمان البائع) اي بعد التسليم.

٤. وحدة المكان: فلا تناقض بين (يسري قانون العقوبات العراقي على الجرائم التي ترتكب) اي في اقليم العراق و (لايسري على الجرائم التي ترتكب) اي خارج العراق.

٥. وحدة الشرط: فلا تناقض بين (المتهم يعاقب) اي بشرط ثبوت التهمة للموجهة اليه و (المتهم لايعاقب) اي بشرط براءته من التهمة. ومثل (القانون القديم يطبق) اي اذا كان لصالح المتهم و (القانون القديم لا يطبق) اي اذا كان الجديد من صالح المتهم.

٦. وحدة الأضافة: فلا تناقض بين (المتهم يدان) أي بالنسبة الى الجريمة التي إرتكبها و (المتهم لايدان) أي بالنسبة للجريمة التي لم يثبت إرتكابها منه.

٧. وحدة القوة والفعل: - فلاتناقض بين (الجنين له شخصية قانونية) أي بالقوة وبالامكان و (الجنين ليس له شخصية قانونية) أي بالفعل قبل ولادته.

٨. وحدة الكل والبعض: - فلا تناقض بين (المطلقة تستحق المهر كله) كما اذا طلقت بعد الدخول و (المطلقة لاتستحق للمهر بعضه) كما إذا طلقت قبل الدخول.

٩. وحدة القوة الالزامية: - فلا تناقض بين آية قرآنية وحديث الاحاد عند التعارض لعدم تكافئها حيث تقدم الاولى على الثانية وكذا لاتناقض بين القاعدة القانونية والقاعدة الدستورية حين التعارض لان الثانية تقدم على الاولى. وكذا لاتناقض بين القاعدة القانونية و (القرار) الاداري لان الاولى تقدم حين التعارض.

ب- الاختلاف في ثلاثة أمور:

١- الاختلاف في الكيف (الايجاب والسلب) في علم المنطق والوجوب و الجواز والتحريم أو الصحة والبطلان ونحو ذلك في الشرع والقانون. فلا تناقض بين عدم وجوب الوصية للوارث وجوازها.

٢- الاختلاف في الكم: - بأن يكون احدهما كلياً و الاخر جزئيا فلاتناقض بين كليتين لجواز كذبهما معا مثل (كل حي انسان، ولاشيء من الانسان بحي) فهما كاذبان ولاتناقض بينهما.

٣- الاختلاف في الجهة: - فلاتناقض بين (كل انسان كاتب) أي بالامكان و (كل انسان ليس بكاتب) أي بالضرورة. وجدير بالذكر ان علماء القانون خلطوا في شروحهم بين التعارض و التناقض و استعملوا كثيرا التناقض بدلا من التعارض مع أنهما تختلفان فالمتعارضان يجوز الجمع بينهما في بعض الحالات وقد يرجح احدهما على الاخر في حالات اخرى فأذا لم يمكن الجمع والترجيح يعتبر المتأخر منهما ملغيا للمتقدم في تشريعه وهذا مايسمى (الالغاء الضمني).

ثانيا: مقاصد التصديقات:

مقاصد التصديقات هي: الأقيسة العقلية[1]. والقياس العقلي عرفه علماء المنطق بأنه (قول مؤلف من قضاياه (مقدمات) يلزمه لذاته قول اخر)[2].

اقسام القياس العقلي اثنان استثنائي و اقتراني.

اولا: القياس الاستثنائي العقلي: - وهو الذي تكون نتيجته مذكورة فيه بمادتها[3]، وهيئتها[4]. وهو قسمان اتصالي وانفصالي.

---

[1] هناك فرق بين الاقيسة الشرعية و الاقيسة العقلية. والقياس الشرعي الحاق جزئي لم يرد بشأنه نص خاص بجزئي اخر ورد فيه نص خاص لاشتراكها في علة الحكم. مثل الحاق حرمان الموصى له القاتل للموصي بالوارث القاتل لمورثه والعلة المشتركة بينهما حماية ارواح الابرياء.

[2] أي النتيجة.

[3] أي طرفيها.

[4] أي صورتها.

١- القياس العقلي الاتصالي: - شرطية متصلة مكونة من مقدمتين تسمى اولاهما (المقدم) والثانية تسمى (التالي).

واثبات المقدم ينتج اثبات التالي ونفي التالي ينتج نفي المقدم[١]. وعلى سبيل المثل اذا قيل: لو ثبت التهمة لاستحق المتهم الادانة لكنها ثبتت ينتج استحق المتهم الادانة. واذا قيل لكنها لم يستحق الادانة ينتج انه لم تثبت التهمة.

٢- الاستثنائي العقلي الانفصالي: - وهو كما بينا سابقا ثلاثة اقسام:

١- منفصلة حقيقية (مانعة الجمع ومانعة الخلو): - فأثبات كل من جزئيها ينتج نفي الاخر ونفي كل منهما ينتج اثبات الاخر لان المنفصلة الحقيقة مكونة من الشيء ونقيضه أو المساوي لنقيضه.

والنقيضان لايجتمعان ولا يرتفعان.

٢- مانعة الجمع فقط: - اثبات كل واحد من جزئيها ينتج نفي الاخر لعدم جواز جمعهما.

٣- مانعة الخلو فقط: - فنفي كل من جزئيها ينتج ثبوت الاخر لعدم جواز خلوهما معا.

ثانيا: **القياس العقلي الاقتراني**: - وهو الذي لاتذكر فيه النتيجة بمادتها و هيئتها وهو قسمان حملي وشرطي.

القسم الاول: الاقتراني الحملي: وهو الذي يتكون من مقدمتين حمليتين مثل:

الانسان عاقل	وكل عاقل مسؤول عن تصرفاته	الانسان مسؤول عن تصرفاته
المقدمة الصغرى	المقدمة الكبرى	النتيجة

---

[١] الشقوقات المتصورة اربعة: اثبات المقدم ونفيه واثبات التالي ونفيه لكن نفي المقدم لايستلزم نفي التالي واثبات التالي لاينتج اثبات المقدم والسر في ذلك ان التالي في القياس العقلي الاتصالي لازم للمقدم واللازم قد يكون عاما يجتمع مع هذا الملزوم ومع ملزوم اخر فنفي الملزوم الخاص لايستلزم نفي لازمه العام لجواز تحققه مع ملزوم اخر وكذا اثبات اللازم العام لا يستلزم اثبات ملزومه الخاص. وعلى سبيل المثل الطاقة الحرارية عامة ملزومها قد يكون نارا وقد يكون اشعة الشمس وقد يكون الكهرباء وقد يكون غير ذلك فاثبات وجود الطاقة لايستلزم وجود الكهرباء كما أن نفي الكهرباء مثلا لايستلزم نفي الطاقة لجواز اجتماعها معا ملزوم اخر.

يتضمن هذا القياس مايلي: -

١. المطلوب أو النتيجة (كل انسان مسؤول عن تصرفاته) فمن حيث انه مقدم في التصور يسمى مطلوبا وهدفا وغرضا. و من حيث انه مؤخر في الاثبات يسمى نتيجة وغاية وعند الفلاسفة يسمى فلسفة.

٢. البرهان: - وهو الدليل العقلي المكون من مقدمتين حمليتين.

٣. الحد الاصغر: - وهو موضوع للمطلوب (الانسان) وسمي به لانه اصغر افرادا غالبا.

٤. الحد الاكبر: - محمول المطلوب (مسؤول عن تصرفاته) سمي به لأنه أكثر أفراد غالبا.

٥. الحد الأوسط (عاقل): - ماتكرر وتوسط بين الحد الاصغر والحد الأكبر لذا سمي الحد الاوسط.

٦. الصغرى: - هي المقدمة الاولى سميت بها لاشتمالها على الحد الاصغر.

٧. الكبرى: - هي المقدمة الثانية سميت بها لتضمنها للحد الاكبر. وسمي مثل هذا القياس قياسا أقترانيا لاقتران الحدود الثلاثة فيه (الحد الاصغر والحد الاكبر والحد الاوسط).

والمثال المذكور من تطبيقات القياس الاقتراني يسمى الشكل الاول[1].

شروط انتاج الشكل الأول:

يشترط لانتاج الشكل الاول نتيجة يعتمدها شروط ثلاثة وهي: -

١. أن تكون المقدمة الصغرى موجبة لاسالبة.
٢. أن تكون موجودة بالفعل لابالامكان.
٣. أن تكون المقدمة الكبرى كليا لاجزئيا.

القسم الثاني: القياس الاقتراني الشرطي: وهو الذي يتكون من الشرطيات المحضة أو من الشرطيات والحمليات ولعدم وجود المجال في هذا المبحث نكتفي بذكر نموذج من تطبيقات النوع الاول وهو مايأتي:

---

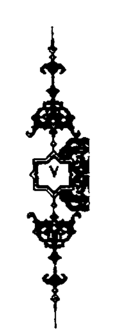
[1] للقياس الاقتراني لربعة اشكال: الاول هو الذي يكون الحد الاوسط محمولا في الصغرى وموضوعا في الكبرى كالمثال المذكور اعلاه، وفي الثاني يكون الحد الاوسط محمولا فيهما وفي الثالث يكون موضوعا فيهما وفي الرابع يكون عكس الاول أي موضوعاً في الصغرى ومحمولا في الكبرى. واهملت الاشكال الثلاثة الباقية وشروطها لعدم وجود المجال من جهة ولان الشكل الاول هو الرئيس من بين هذه الاشكال لان البقية تعاد اليه لغرض الانتاج المقنع.

ان كان الانسان مدينا فالالتزام موجود
وكلما كان الالتزام موجودا يجب الوفاء به
ينتج اذا كان الانسان مدينا يجب الوفاء به.

القياس البرهاني: وهو قياس تكون مقدماته جميعها يقينية وينقسم الى البرهان اللمي والبرهان الاني.

البرهان اللمي: وهو الاستدلال بالسبب (المؤثر) على المسبب (الاثر) كاستدلال الاطباء المختصين بالبكتريا والطفيليات الموجودة في دم المريض بعد اكتشافها بالتحليل في المختبرات على تشخيص نوع المرض المصاب به المريض (صاحب الدم). و كاستدلال الطبيب العدلي بالوسائل المستعملة في تنفيذ الجريمة على التمييز بين كون الجريمة من اثر عمل اجرامي من الغير أو من اثر عمل انتحاري من الضحية نفسها.

البرهان الاني: وهو الاستدلال بوجود المسبب (الاثر) على وجود السبب (المؤثر) كالاستدلال بأثار الجريمة بالطرق العلمية الحديثة على كشف الجريمة وتحديد الشخص الجاني ومن تطبيقاته في التحقيقات الجنائية استدلال أهل الخبرة بأثار البصمات او اثار الاسلحة النارية أو أثار الحريق العمد أو أثار الاقدام أو الالات أو الاطارات أو الانسجة أو الشعر أو البقع الدموية أو السائل المنوي أو البول أو اللعاب أو نحوذلك. فهذه الاثار ونظائرها يستدل بها على أثبات الجريمة أو تشخيص الجاني. وجدير بالذكر أن نتيجة القياس العقلي تابعة لأخس مقدماته. فأذا كانت احدى المقدمات ظنية تكون نتيجة القياس ظنية. واذا كانت سلبية تكون النتيجة سلبية. واذا كانت جزئية تكون النتيجة جزئية.



الفصل السابع

المنطق القضائي

المنطق القضائي هو رعاية القاضي لقواعد المنطق في كسب المجهول (الحكم العادل) من المعلومات التي تقدم له قبل واثناء المرافعات القضائية من رفع الدعوى الى النطق بالحكم واكتسابه درجة البتات، ورعاية القواعد المنطقية تكون ضرورية في ترجيح الادلة والبينات المتعارضة، وفي اقتناع القاضي بما يطمئن اليه قلبه ثم مواجهة الطعون القضائية وبناء على ذلك توزع دراسة هذا الموضوع على ثلاثة مباحث يخصص الاول للتعريف بالترجيح والمرجحات. والثاني للاقتناع المكتسب من الادلة المقنعة، والثالث لمواجهة الطعون القضائية.



المبحث الأول

الترجيح والمرجحات

الترجيح هو تقوية دليلين ظنيين من النصوص والبينات والقـرائن بمرجع قـانوني علـى الاخر للعمل بالراجح و اهمال المرجوح. والترجيح عمل اجتهادي يعتمـد علـى سـند قـانوني يستند اليه القاضي في الترجيح لحصوله على القناعة بالراجح ثم الحكم بمقتضـى مـا يصـل اليه ويطمئن اليه قلبه.

شروط الترجيح:

من اهم شروط الترجيح مايلي: -

١- قابلية الادلة للترجيـح ولايحتـاج القاضـي الى عمليـة الترجـيح الا في حـالات قيـام المعارضة بين الادلة الظنية ذات الصلة بالموضـوع المتنازع فيـه ولايحتـاج القاضـي الى البحث عن المرجحات في حالات التعارض بين دليلين قطعـيين لان التعـارض في هـذه الصورة يرادف التـناقض وصـدق أحد المتناقضين يستلزم كذب الاخـر وكـذلك صـحة احدهما تستلزم بطلان الاخر وهما لايجتمعـان ولايرتفعـان فعلـى القاضـي في حالـة التناقض بين نصين ان يعتبر المتأخر منهما تشريعا ملغيا للنص المتقـدم فالتعـارض لايقوم بينهما بعد العلم بتاريخ التشريع.

وكذلك لايقوم التعارض بين دليل يقيني ومادونه من الظنيات والأدلة المشكوك فيها والموهومة فلا يحتاج القاضي في هذه الحالات الى البحث عن المرجح لان اليقين مقـدم تلقائيا لذاته على غيره مما هو اقل منه قوة من النصوص والبينات.

وكذا التعارض بين نص دستوري ونص قانوني فعلى القاضي أن يترك العمل بكل نص غير دستوري دون البحث عن المرجح.

و قل مثل ذلك في التعارض بين القانون والتعليمات الوزارية.

٢- أهلية القاضي للترجيح لانه عملية أجتهادية لا يتمكن كل شخص أن يقوم بهـا مـالم تتوفر فيه أهلية الاجتهاد وعقلية الموازنة بين الادلة وبين البينات، فالاهليـة مطلوبـة

ولو كانت في بعض القضايا دون بعض ولا يشترط أن يكون مجتهدا مطلقا في كل موضوع وفي جميع المجالات.

٣- وجود سلطة تقديرية للقاضي في تقويم ادلة الاثبات المقدمة من الخصوم في الدعاوي فيجب أن يكون مخولا قانونا للقيام بعملية الموازنة والترجيح مقدما.

٤- وجود مرجع يعتد به ويمكن استخدامه في ترجيح أحد المتعارضين على الاخر.

الترجيح والمصطلحات ذات الصلة:

هناك بعض المصطلحات لها صلة بالترجيح ولكنها ليست بترجيح في الحقيقة والواقع ومنها مايلي:

اولا: الافتراض القانوني: - وهو يقوم على اساس افتراض مخالف للواقع وهذا الافتراض أما قضائي أوقانوني والاول لايعتد به غالبا في الاعمال القضائية بخلاف الثاني.

ا- الافتراض القضائي: - ومن تطبيقاته افتراض القضاء الفرنسي خطأ صاحب المعمل أوالمصنع بعد قيام الثورة الصناعية الاوربية لغرض تعويض العامل المصاب بعاهة مستديمة حين إستخدامه للأجهزة التكنولوجية المستعملة في المعمل أو المصنع فحكم القضاء الفرنسي بالتعويض كان مبنيا على أساس المسؤولية التقصيرية التي عناصرها خطأ صاحب المعمل الافتراضي والضرر الذي أصاب العامل وعلاقة السببية بينهما. وهذا الافتراض يسمى في علم المنطق (السفسطة) وهي القياس المركب من الوهميات والمخيلات والغرض منه تغليط الخصم واسكاته[١] وعند الفلاسفة يسمى (الحكمة الموهومة)[٢] واذا علم المستدل بفساد هذا الدليل يسمى (مغالطة).

وهذا الافتراض ليس من باب المسؤولية التقصيرية كما زعم القضاء الفرنسي وانما هو من باب مبدأ (الغرم بالغنم) كما أقرته الشريعة الاسلامية فغنم (ربح) المعمل أو المصنع يكون لصاحبه لذا يكون غرمه (ضمانه) عليه فيجب عليه تعويض العامل المضرور الذي ساهم في تكوين الربح وهذه القاعدة نصية وليست

---

[١] البرهان للكلنبوي/ المرجع السابق/ص٣٩٨.

[٢] المعجم الفلسفي/د جميل صليبا١/٦٥٨

إجتهادية وردت على لسان الرسول (ﷺ) ونقلت بتعابير مختلفة[١].

ب- الافتراض القانوني: - وهو الذي يفترضه القانون كالافتراض الشخصية المعنوية التي أقرها القوانين الوضعية في دول العالم ومنها القانون المدني العراقي القائم في المادة (٤٧) وهذا الافتراض ضروري بالنسبة لاستمرارية العلاقات الدولية وبالنسبة للحقوق والالتزامات المالية الداخلية والدولية.

أما بالنسبة للقضايا الجزائية فلاتنسب المسؤولية الجزائية الى الشخص المعنوي وإنما يسأل الشخص الطبيعي الذي يمثل الشخص المعنوي لان مناط هذه المسؤولية هو العقل وهو مفقود في الشخص الافتراضي.

ثم إن العقوبات المقررة في القوانين للجرائم التي ترتكب لايتصور تطبيقها بالنسبة للشخص المعنوي بأستثناء الغرامات المالية.

وهذا بخلاف الترجيح لاختلافهما في الحقيقة والمضمون.

ثانيا: - الترجيح وتسبيب الاحكام: - تسبيب الاحكام عبارة عن بيان ماأقتنع به القاضي من الأسس والاسانيد العقلية والقانونية والحيثيات والبواعث وبالتالي حكمه بما أطمئن إليه قلبه.

وتسبيب الاحكام كالترجيح يعد ضمانا أساسياً لتطبيق الحكم العادل ولكن بينهما فروق جوهرية ومنها: -

١. القاضي ملزم بالتسبيب بخلاف الترجيح فعليه بيان الوقائع الاساسية التي إستند اليها في حكمه ويلتزم بأن يشير الى الأدلة والمستندات التي اقنعته بصحة ماإختاره من الحكم الذي أصدره في الموضوع.
٢. في تسبيب الاحكام يبين القاضي ماأقتنع به من الادلة الواقعية بينما في الترجيح لايلزم القاضي ببيان مصادر إقتناعه.
٣. في تسبيب الاحكام السلطة التقديرية للقاضي مقيدة حيث يتعين عليه ان يبين مصادر إقتناعه بينما السلطة التقديرية في ترجيح الادلة والبيانات تكون مطلقة فالقاضي غير ملزم ببيان نشاطه الذهني.

---

[١] منها ما جاء في مجلة الاحكام العدلية (٨٥) من تعبير (الخراج بالضمان) واستعمل الفقهاء تعابير أخرى منها (النعمة بالنقمة) و (النقمة بالنعمة).

ثالثا: ترجيح الاحكام وترجيح الأدلة:

وجه التشابه بينهما هو أن ترجيح أحد الحكمين على الاخر يعد عنوانا للحقيقة القضائية على أساس مطابقتها للواقع وهذا يستلزم تسبيب القرار القضائي المبني على ترجيح الادلة أيضا لكنهما يختلفان من أوجه منها: -

١. من حيث سلطة الترجيح: - ترجيح الاحكام من اختصاص الهيئة العامة لمحكمة التمييز[(١)] ولا يجوز لمحكمة الموضوع أن تطلب هذا الترجيح. بينما الترجيح بين الدليلين يكون من إختصاص محكمة الموضوع.
٢. من حيث كون الترجيح سببا للطعن: - الترجيح بين الأدلة يصلح أن يكون سببا للطعن تمييزا فقط دون تصحيح القرار التمييزي[(٢)]. بخلاف ترجيح الادلة[(٣)].
٣. قرار الترجيح بين الادلة ينبغي أن يكون مسببا بخلاف الترجيح بين الاحكام[(٤)].
٤. الترجيح بين حكمين لايتم إلا إذا توافرت شروط الدفع بحجية الاحكام وهي وحدة الخصوم ووحدة الموضوع ووحدة السبب، فالحكم السابق الذي اكتسب درجة البتات يرجع على الحكم اللاحق إذا نصت الدعويان على ذات الحق[(٥)]. بخلاف الترجيح بين الادلة فأن تلك الشروط غير ضرورية.

رفع التعارض بين الأدلة:

يحتاج القاضي إلى استخدام قواعد المنطق في رفع التعارض بين النصوص القانونية وفي ترجيح البينات المتعارضة وفي كسب المجهول (الحكم العادل) من المعلومات التي تقدم له قبل وأثناء المرافعات القضائية من رفع الدعوى الى إصدار الحكم كما في الايضاحات الأتية: -

---

(١) المادة (٢١٧) من قانون المرافعات المدنية العراقي القائم (وتفصل الهيئة العامة لمحكمة التمييز في هذا الطلب وترجح أحد الحكمين وتأمر بتنفيذه دون الحكم وذلك بقرار مسبب.)
(٢) م (١/٢٠٣) قانون المرافعات المذكور.
(٣) م (٤/٢٠٣) قانون المرافعات الانف الذكر.
(٤) م (٨٢) قانون الاثبات العراقي القائم.
(٥) قرار محكمة التمييز المرقم ٣١٤ /موسوعة اولى /٨٨ في ١٩٨٨/٦/٢٩.

أولاً: - رفع التعارض بين النصوص:

إستعمال القواعد المنطقية في رفع التعارض بين النصوص القانونية المتعارضة.

وفي ميزان المنطق يجب على القاضي في رفع التعارض بين النصوص إتباع التسلسل المنطقي الأتي: -

أ. محاولة الجمع بين النصين المتعارضين ظاهرا إذا أمكن الجمع كما في الجمع بين للمادة السابعة من قانون الاحوال الشخصية القائمة[١]، التي نصها (يشترط في تمام أهلية الزواج العقل وإكمال الثامنة عشرة من العمر). وبين المادة (٣٩٨) من قانون العقوبات العراقي القائم[٢]، التي نصها (إذا عقد زواج صحيح بين مرتكب إحدى الجرائم الواردة في هذا الفصل[٣] عدَ ذلك عذرا مخففا لغرض تطبيق أحكام المادتين (١٣٠و ١٣١ منه)[٤]. وهذا الجمع يكون بحمل الشرط الوارد في المادة (٧) من قانون الاحوال الشخصية على شرط اللزوم دون شرط الانعقاد أو الصحة. فالزواج في سن أقل من ثماني عشر سنة يعطي الحق للزوجة أو الزوج بعد البلوغ فسخ الزواج إذا تم الزواج في وقت كانت السن أقل من المدة المحددة في هذه المادة ولم يتوفر الرضا باستمرارية الزواج بعد البلوغ والدخول في سن الرشد.

ب. محاولة ترجيح العمل بأحد النصين المتعارضين على العمل بالنص الأخر لمرجع مقبول في القانون والشرع. وعلى السبيل للمثل اذا كان أحد النصين في قانون عام ونص آخر في قانون خاص يرجع العمل بالخاص على العمل بالعام كترجيح العمل بالمادة (١٧) من قانون ايجار العقارات التي تقضي بتجدد عقد الايجار تلقائيا دون حاجة الى رضى المؤجر مادام المستأجر مستمرا على دفع بدل الايجار. نص المادة (لايجوز للمؤجر أن يطلب تخلية العقار الخاضع لاحكام هذا القانون (إلا لأحد الاسباب الأتية) [٥]، ويرجع العمل بهذه المادة على المادة

---

[١] رقم ١٨٨ لسنة ١٩٥٩.

[٢] رقم ١١١لسنة ١٩٦٩

[٣] ومنها جريمة الاغتصاب إذا كان سن المجنى عليها أقل من ثماني عشر سنة.

[٤] هاتان المادتان تتناولان الاعذار المعفية والاعذار المخففة.

[٥] ينظر تتمة المادة من فقرة (١–م) من قانون ايجار العقار رقم ٨٧ لسنة ١٩٧٩ المعدل.

(٧٧١) من القانون المدني العراقي القائم[١]، التي نصها (إذا أنقضى عقد الايجار وجب على المستأجر أن يخلي المأجور للمؤجر في المكان الذي تسلمه فيه إذا لم يحدد الاتفاق أو العرف مكانا آخر).

ج. اذا لم يمكن الجمع ولا الترجيح بالنسبة للنصين المتعارضين بان يكونا متناقضين يستلزم صدق أحدهما أوصحته كذب الاخر أو بطلانه ففي هذه الحالة على القاضي أن يلجأ الى الالغاء الضمني للنص السابق تشريعا بالنص اللاحق. كما في إقرار إلغاء المادة (٦٤) من قانون العقوبات العراقي القائم التي نصها (لاتقام الدعوى الجزائية على من لم يكن وقت إرتكاب الجريمة قد أتم السابعة من العمر)[٢]، بالمادة (٤٧/اولا من قانون رعاية الاحداث)[٣]، التي نصها (لاتقام الدعوى الجزائية على من لم يكن وقت ارتكاب الجريمة قد أتم التاسعة من عمره) وتبقى الفقرة الثانية من المادة (٩٧) من القانون المدني العراقي القائم التي نصها (وسن التمييز سبع سنوات كاملة) حصراً في القضايا المدنية فبالنسبة اليها يعتبر مميزا أذا أكمل السابعة من العمر. ففي القضايا الجزائية تكون سن التمييز في التشريعات العراقية اكمال التاسعة من العمر فاذا إرتكب من دون هذه السن جريمة لايسأل جزائيا لأن الصغر (عدم التمييز) من موانع المسؤولية الجزائية كالجنون ومن في حكمه فلا تقام عليه الدعوى.

ثانيا: رفع التعارض بين البينات:

من المرجحات القواعد القانونية والفقهية الآتية:

١. إذا تعارض الظاهر والباطن يعمل بالثاني مالم يقم دليل على خلاف ذلك عملا بقاعدة (الامور بمقاصدها)[٤] اي أن الذي يترتب على أمر يكون على أساس مقتضى ماهو المقصود من هذا الأمر.

---

[١] رقم ٤٠ لسنة ١٩٥١.

[٢] المفهوم المخالف لهذه المادة هو أن من أكمل السابعة من عمره يسأل جزائيا إذا إرتكب جريمة وتقام عليه الدعوى لاكتسابه الاهليه الجزائية بمقتضى هذه المادة.

[٣] رقم ٧٦ لسنة ١٩٨٣ المعدل.

[٤] مجلة الاحكام العدلية /م٢و ٣ و٥و٩ و١١ و٢٤ و٣٦ و٤٣و٤٤و٤٥ و ٦٧و٨٥و٩٠و٩١.

٢. العبرة في العقود بالمقاصد والمعاني لا الألفاظ والمباني: وبناء على ذلك يكيف بيع الوفاء بالنسبة للمشتري بأنه رهن حيازي رغم أن العقد قد تم تحت عنوان لفظ البيع، ووجه ذلك أن المشتري لايستطيع أن يتصرف في هذا المبيع لغيره.
٣. اليقين لايزول بالشك وعلى سبيل المثل اذا خرج أحد من دار خالية خائفا مدهوشا وفي يده سكين ملوثة بالدم ثم وجد في هذه الدار شخص مذبوح في ذلك الوقت فلا يشتبه في كونه قاتل ذلك الشخص ولايلتفت الى الاحتمالات الوهمية الصرفة كأن يتصور ان الشخص المذكور إنتحر وذبح نفسه فمن ادعى ذلك ترد دعواه على أساس قاعدة أن اليقين لايزول بالشك.
٤. ألأصل بقاء ماكان على ماكان استصحابا حتى يثبت خلاف ذلك: -
وعلى سبيل المثل إذا تزوجت أمرآة من شخص ثم أدعت أمام القاضي ان الزوج السابق قد طلقها أو توفي وانتهت عدتها وطلبت من القاضي أن يزوجها من شخص أخر يجب على القاضي أن يعتبر الزواج السابق باقيا حتى تثبت المدعية دعواها في حصول الفرقة بالوفاة أو بالطلاق ثم إنتهاء العدة.
٥. الاصل في الصفات العارضة العدم: وعلى سبيل المثل اذا حصل الخلاف بين البائع والمشتري في وقت حدوث العيب فادعى البائع أنه حدث بعد القبض فالمشتري هو الذي يتحمل نتائج هذا العيب وعارضه المشتري فأدعى أن العيب كان موجوداً قبل القبض فالمبيع قبله من ضمان البائع ففي هاتين الدعويين المتعارضتين على القاضي أن يرجح دعوى البائع استنادا الى القاعدة المذكورة والى قاعده الاصل إضافة الحادث الى أقرب أوقاته.
٦. يتحمل الضرر الخاص لدفع ضرر عام: فأذا هدم المكلف بخدمة عامة دار شخص أوهدم سياجه، لاطفاء حريق حصل قرب هذه الدار ثم أقام ذو العلاقة الدعوى ضد من قام بعملية الهدم طالبا تضمينه جزائيا ومدنيا ترد دعواه بناء على قاعدة (يتحمل الضرر الخاص لدفع ضرر عام) لان الحريق لو استمرت لالحق الضرر بالغير وأضر بالمصلحة العامه.
٧. الجواز الشرعي ينافي الضمان: أي الجواز الشرعي الاصلي ينافي الضمان. وعلى سبيل المثل من حفر بئرا في بستانه فوقع فيها مال للغير فتلف فليس لصاحب المال مطالبة التعويض أمام القضاء. فعلى القاضي أن يرجح جانب حافر البئر

على جانب المضرور استنادا الى القاعدة المذكورة ولكن إذا كان الجواز استثنائيا يجب على القاضي أن يحكم بالضمان فمن أكل مال غيره تحت ضغط الحاجة الماسة جاز هذا الأكل ولكن عليه التعويض إذا طالب به صاحبه لأن الاضطرار لايبطل حق الغير فالضرورة من موانع المسؤولية الجزائية وليست مانعة من المسؤوليةالمدنية.

٨. أذا أجتمع المباشر والمتسبب يضاف الحكم الى المتغلب منهما فمن أحدث جرحًا في شخص بحيث لم يكن هذا الجرح خطرا على حياة المجروح غير أن الطبيب المعالج أهمل علاجه فأدى الاهمال الى حدوث مضاعفات يكون الطبيب هو المسؤول. اذا كان الجرح بحيث لايتوقع شفاء المجروح وخلاصه من نتائجه تكون المسؤولية على من أحدث الجرح دون الطبيب المعالج المهمل. وجدير بالذكر أن أصل القاعدة هكذا (إذا أجتمع المباشر و المتسبب يضاف الحكم الى المباشر) وهذا خطأ شائع لأن المباشر لايكون دائما مسؤولا وبوجه خاص اذا كانت النتيجة حاصلة من عمل المتسبب كما ذكرنا في إهمال الطبيب وحدوث المضاعفات على هذا الاهمال التي أدت الى وفاة المجروح.

٩. لاينسب الى ساكت قول لكن السكوت في معرض الحاجة بيان: - فاذا سكت المتهم وأمتنع عن إجابة السؤال الموجه إليه من قبل القاضي أو الخصم لايعتبر هذا السكوت إعتراف بالتهمة الموجه اليه لكن اذا استلم المشتري قائمة البضاعة التي أرسلت له من قبل البائع وسكت عن الاعتراض أوعلم المشتري بعيب المبيع وسكت يعتبر السكوت في هذه الحالات رضا لأن السكوت في معرض الحاجة بيان وليس له بعد ذلك إقامة الدعوى على خلاف ذلك. كما أن سكوت البنت حين طلب الموافقة على زواجها يعتبر رضاءً وفق مانص عليه الرسول (ﷺ). (الثيب أحق بنفسها من وليها والبكر يستأذنها أبوها في نفسها وأذنها صماتها وصماتها إقرارها).[1]

١٠. الأصل براءة الذمة من الالتزامات الجزائية والمدنية فعلى القاضي أن يعتبر المدعى عليه مديناً كان أو متهما أنه مازال باقيا على ما أتصف به من البراءة الأصلية حين ولادته فيرجح بهذا الاصل جانبه على جانب المدعي وقد بنيت على

---

[1] صحيح مسلم، ٢/١٠٣٧.

هذا الاساس قاعدة (البينة على المدعى) لانه يـدعي خلاف الاصـل (اليـمين على من أنكر) لأنه يدعي مايوافق الأصـل.

١١. العادة محكمة: - أي أن العادة عامة كانت أم خاصة تجعل حكما لاثبـات حكـم شرعي مختلف فيه.

وعلى سبيل المثل إذا حصل النزاع بين الزوجين في عائدية شيء من أثاث البيت على القاضي أن يحسم النزاع في ضوء العرف السـائد فـاذا كـان المتنـازع فيـه يعود الى الزوجة في عرف البلد كالحلي ترجح دعوى الزوجة واذا كـان عائـد الى الزوج كالسلاح فيرجح جانب الزوج.

وما لا يحسمه العرف بأن يحتمل أن يكون عائـداً الى الـزوج أو الزوجـة فيجـب الاثبات بالبينة. يجعل العرف حكما فيما يدخل في المبيـع بـدون ذكـر صـحيح ومالايدخل فكل ماجرى عرف البلد على أنه من مشتملات المبيع يـدخل فيـه من غير ذكر، وفي حال النزاع بين البائع والمشتري حول مايدخل ومالايدخل على القاضي أن يحكم بما يعضده العرف السائد.

ومن تطبيقات تحكيم العرف قاعدة (المعروف عرفاً كالمشروط شـرطاً) وقاعـدة (المعروف بين التجار كالمشروط بيـنهم) وقاعـدة (التعـيين بـالعرف كـالتعيين بالنص).

١٢. ومن المرجحات القرينة: وللقرينة دور بارز في تـرجيح الأدلـة والبينـات وعلـى سبيل المثل الترجيح بالحيازة، فترجح بينة الحائز فاذا تكافأت المتـداعيان يصـار الى ترجيح من وجدت الحيازة في جانبه سواء كـان المحازعقـاراً أو منقـولا لان الحيازة قرينة لكونها من خصائص الملكية في الأصـل[1].

---

[1] المدونة الكبرى في الفقه المالكي ١٩١/٥.

المبحث الثاني
الاقتناع القضائي والادلة المقنعة

المعلومات التي تقدم الى القاضي من إقامة الدعوى الى إصدار الحكم منها سمعية كإفادات الشهود وإفادات اطراف النزاع وإقرار المتهم وتقارير الخبراء والفنيين ومطالعات هيئة الادعاء العام ومنها مقروءة كتقارير المحقق العدلي (المحقق القضائي) وتقارير الطب العدلي والتحقيقات الجنائية. ومنها مرئية كمشاهدة آثار الجريمة التي سبق بيانها في البرهان الأني فجميع هذه المعلومات باستثناء المرئية أخبار وكل خبر يحتمل الصدق والكذب ويحتمل الحق والباطل[1]. لذا تعتبر أدلة ظنية ويحق للقاضي أن يحكم بالظن الغالب وبقناعته الشخصية المكتسبه من تلك المعلومات. وقد أخذت معظم التشريعات الحديثة بنظام الأدلة الاقتناعية ومنها: -

أ- قانون أصول المحاكمات الجزائية العراقي[2] الذي نص في (م٢١٣/١) على إنه (تحكم المحكمة في الدعوى بناء على إقتناعها الذي يكون لديها من الادلة المقدمة في أي دور من أدوار التحقيق أو المحاكمة وهي الاقرار وشهادة الشهود ومحاضر التحقيق والمحاضر والكشوف الرسمية الاخرى وتقارير الخبراء والفنيين والقرائن والأدلة الاخرى المقررة).

ب- قانون الاجراءات الجنائية المصري[3] الذي نص في (م٣٠٢) على انه (يحكم القاضي في الدعوى حسب العقيدة التي تكونت لديه بكامل حريته).

ج- قانون أصول المحاكمات الجزائية الاردني[4] الذي نص في المادة (١/١٤٧) على أنه ((تقام البينة في الجنايات والجنح و المخالفات بجميع طرق الاثبات ويحكم القاضي حسب قناعته الشخصية).

---

[1] الفرق بين الصدق والحق هو أن مطابقة الخبر للواقع يسمى صدقا ومطابقة الواقع له يسمى حقاً كما أن عدم مطابقة الخبر للواقع يسمى كذبا وعدم مطابقة الواقع له يسمى باطلا.

[2] رقم٢٣ لسنة ١٩٧١

[3] رقم ١٥٠ لسنة ١٩٥٠.

[4] رقم ٩ لسنة ١٩٦١

د- قانون الاجراءات الجنائيةالفرنسي[1] المعدل الذي نص في (م٤٢٧) على أنه (يجوز إثبات الجرائم بأية طريقة من طرق الاثبات ويحكم القاضي بناء على قناعته الشخصية مالم ينص القانون على خلاف ذلك.

هـ- قرار محكمة التمييز في العراق[2] الذي نصه (إن تناقض الشهادات وعدد الاطلاقات المرمية وعدم تحديد الشهود للشخص القاتل أو شهادتهم له يقوم باطلاق النار عمداً أونتيجة خطأ. فمن مجمل الادلة المحصلة لا يمكن أن تولد القناعة بأن المتهم هو الفاعل لذلك تكون إدانته مبنية على الشك والاحتمال لاعلى الجزم واليقين.)

ومن الواضح أن الشك يفسر لصالح المتهم.

المنطق والاقتناع القضائي:

ذهب علماء المنطق الى ان طرفي القضية من الوقوع واللاوقوع إن تساويا عند العقل من غير رجحان أصلا فالعلم المتعلق بكل منهما (الوقوع واللاوقوع) يسمى شكا والشك يفسر لمصلحة المتهم في القضايا الجزائية وينبني على هذا الاساس قاعدة (المتهم بريء حتى تثبت إدانته) وفي مصلحة المدين في المسائل المدنية[3].

وإن ترجح أحدهما بنوع من الاذعان والقبول يسمى العلم به تصديقا وإعتقادا وهذا الاعتقاد إن كان جازماً بحيث إنقطع إحتمال تجويز العقل للطرف الاخر بالكلية عند القاضي وإن لم ينقطع في الواقع ونفس الامر وكان ثابتا بحيث لايزول بتشكيك المشكك ومطابقا للواقع يسمى يقيناً والقاضي لايلزم بان يعمل باليقين في كل قضية ينظر فيها سواء كانت مدنية أو جزائية لأن إلزامه بالعمل باليقين في كل موضوع يؤدي الى ضياع كثير من حقوق الناس لأن الأدلة والبيانات اليقينية قليلة بالنسبة للادلة والبيانات الظنيه.

وإذا كان الاعتقاد الجازم الثابت غير مطابق للواقع يسمى جهلا مركبا مكونا من جهلين أحدهما الجهل بالواقع والثاني الجهل بهذا الجهل.

والقاضي مادام يحكم بالقناعة فله أن يحكم بمقتضى قناعته لان حكم القاضي لايغير الواقع فلا يجعل الحق باطلاً ولا الباطل حقا.

---

[1] لسنة ١٩٥٨.

[2] رقم٣١٧ /هيئة عامة /في ٤/١٠/١٩٨٢ النشرة القضائية ع١/س٣/ص٢٠٩-٢١٠..

[3] البرهان للكلنبوي/المرجع السابق/ص٣٧٧ ومايليها.

وإذا كان العلم إعتقادا جازما غير ثابت يسمى تقليدا كتقليد قاضي الموضوع لمحكمة التمييز التي أقرت سابقا ماحكم به ومن المعروف أن السوابق القضائية والقرارات السابقة لمحكمة التمييز التي يستشهد بها القضاة والمحامون غالباً قد لاتكون مطابقة للواقع. وزعم أن كل ماتصدقه محكمة التمييز حق ومطابق للواقع خطأ شائع لان قاضي الموضوع كما يتعرض للخطأ كذلك محكمة التمييز تتعرض للخطا ولاتكون مصيبة دائما في جميع قراراتها.

واذا كان العلم اعتقادا غير جازم يسمى ظنا ويجوز للقاضي ان يعمل بالظن الغالب اذا أوصله هذا الظن الى حد الاقتناع واذا كان العلم طرفا مقابلا للظن يسمى وهما كما ان الطرف المقابل لليقين يسمى تخيلا ولا يجوز للقاضي أن يعمل بالوهم والتخيل.

وهذه الشقوقات العلمية المنطقية تؤكد لنا ضرورة إلمام القاضي وكل من يتعامل مع النصوص بقواعد المنطق وبطرق الاستدلال المنطقية سواء كانت أقيسة عقلية أو إستقراءً يقوم على دراسة ميدانية للمعلومات التي تتوفر لدى القاضي ولا وجه الاستنباط الذي يستلزم توافر حوار جدلي بين القاضي والخصوم لاثبات الأدلة المطروحة عليه حتى تبدأ عملية الاستقراء القائمة على ملاحظة الوقائع الجزئية التي قام الدليل على توافرها ثم يستنبط القاضي من هذه الوقائع نتيجة معينة. وبناء على ذلك فان المنطق القضائي المتعلق بالواقع يقوم على ثلاثة أنواع من الاستدلال:

١. الاستدلال الجدلي للاقتناع بالادلة.
٢. الاستدلال الاستقرائي لملاحظة الوقائع الجزئية التي تستمد عليها أدلة الدعوى. والاستقراء تصفح الجزئيات لاثبات حكم كلي[١].
٣. الاستدلال الاستنباطي للوصول الى نتيجة معينة في ضوء الوقائع الجزئية التي إستقراها[٢]. والادلة التي يستند اليها القاضي تهدف الى إقناعه في إطار نفسي بحيث يخاطب ضميره ووجدانه وبالتالي ينطق بالحكم العادل.

---

[١] البرهان المرجع السابق /ص ٣٧٨، تهذيب المنطق /المرجع السابق/ص٩٤ والاسقراء إما تام وهو الذي يكون بتصفح الجزئيات كافة كما اذا تصفحنا جزئيات الحيوان فوصلنا نتيجة كلية وهي ان كل حيوان يحرك فكه الى الاسفل عند المضغ الاتمساح.
واما استقراء ناقص كدراسه ميدانية لمعرفة أسباب جريمة السرقة أو جريمة القتل مثلا فالاستقراء التام يفيد اليقين بخلاف الناقص فانه لايفيد الا الظن.

[٢] د. احمد السرور/ النقض في المواد الجنائي/ص١٦١ ومايليها.

المبحث الثالث

تعرض الحكم القضائي للطعن

لاتنتهي الدعوى بالنطق بالحكم واصداره وإعلانه مالم تنته مراحله القانونية أو تمض عليه المدد القانونية فيكتسب درجة البتات. ومن الواضح أن طرق الطعن وسائل قانونية يضعها المشرع لاعطاء المحكوم عليه فرصة طلب إعادة النظر في الحكم المنطوق به وهذه الطرق حددتها المادة (١٦٨) من قانون المرافعات المدنية العراقي[١]، من الاعتراض على الحكم الغيابي[٢]، والاستئناف[٣]، وإعادة المحاكمة، والتمييز[٤]، وتصحيح القرار التمييزي[٥]، واعتراض الغير[٦].

وطرق الطعن إما عادية كالاعتراض على الحكم الغيابي والاستئناف أو غير عادية كطلب إعادة المحاكمة والتمييز وتصحيح القرار التمييزي واعتراض الغير الاصلي والطاريء[٧].

---

[١] رقم ٨٣ لسنة ١٩٦٩.

[٢] الحكم الغيابي: هو الذي يصدر بحق أحد الخصوم في حالة غيابه من رفع الدعوى الى صدور الحكم رغم تبليغه الصحيح.

[٣] الاستئناف: – طلب اعادة النظر في حكم من إحكام محكمة البداءة لظن عدم صحة الحكم من الناحية القانونية.

[٤] التمييز: – طريق غير إعتيادي من طرق الطعن بالاحكام الحضورية أو الغيابية والغاية من التمييز تدقيق الاحكام والقرارات القضائية للتأكد من موافقتها للقانون أوعدم موافقتها.

[٥] تصحيح القرار التمييزي: – قرارات محكمة التمييز والاستئناف تقبل طلب التصحيح وفقا للمادة (٢١٩) من قانون المرافعات عند توفر سبب قانوني يبرر ذلك أو يكون مخالفا لنص قانوني صريح.

[٦] اعتراض الغير على الحكم: – يكون بطريقة غير عادية من قبل من لايكون خصماً ولا ممثلا في الدعوى غير ان الحكم يمس حقا من حقوقه وفق المادة (٢٢٤) من قانون المرافعات.

[٧] الاستاذ المحامي جمعة سعدون الربيعي /المرشد الى إقامة الدعاوى المدنية /ص٤٤٩ ومايليها.

ومن الفروق الجوهرية بين الطريقتين: -

أ- تتبع الطرق العادية إذا لم يقتنع المحكوم عليه بالحكم لكن في اتباع الطرق غير العادية عليه ان يتقيد بالاسباب والقيود التي يحددها القانون.

ب- في اتباع الطرق العادية ينظر الى الجانب الواقعي والقانوني وأما في غير العادية فينظر الى عيوب الحكم القانونية حسب إعتقاد الطاعن.

ت- الطعن بطريقة عادية يؤدي الى إيقاف تنفيذ الحكم مالم يكن الحكم مشمولا بالنفاذ المعجل ومالم تقرر المحكمة إلغاء قرار النفاذ المعجل بخلاف الطعن بطريقة غير عادية.

شروط الطاعن في القضايا الجزائية: -

يشترط في الطاعن بالنسبة للقضايا الجزائية شرطان: -

أحدهما: - أن يكون طرفا في الحكم المطعون والثاني: وجود مصلحة في الطعن

اولاً: صفة الطاعن: - لايقبل الطعن في الحكم الا ممن كان طرفا في الخصومة الجزائية القائمة أصالة أو نيابة.

فاذا توفي المحكوم عليه أثناء نظر الطعن فلا يحل محله وارثه بل يتعين الحكم بانقضاء الدعوى الجزائية بخلاف الدعوى المدنية فانه يجوز لورثة المدعي المدني الحلول محله لتعلق حق الدائن بالتركة.

ثانيا: - توفر مصلحة في الطعن: - فالمصلحة مناط الحق في الدعوى والحق في الطعن فلا دعوى بغير مصلحة ولاطعن بغيرها.

ويشترط في المصلحة شرطان: -

١. أن تكون شخصية تتعلق بصفته التي طعن بمقتضاها.
٢. أن تكون المصلحة حالة وحقيقية سواء أكانت مادية أم أدبية.

الفرق بين المنطق القانوني والمنطق القضائي: -

أهم الفروق الجوهرية بين المنطق القانوني والمنطق القضائي مايلي: -

١. يقتصر بحث المنطق القانوني في نشأة القاعدة القانونية وتفسيرها وتطبيقها على طريقة نظرية بخلاف المنطق القضائي فانه يبحث في تفسير القاعدة القانونية وتطبيقها بوساطة القاضي للفصل في الدعوى المطروحة عليه فالمنطق القضائي ذو طابع عملي وقضائي بحت، والمنطق القانوني وظيفته صياغية ونظرية.

٢. المنطق القانوني يبحث مايتعلق بالقانون وحده والمنطق القضائي يتصل بالواقع وبالقانون فعمل القاضي ليس تطبيق مجرد القانون وإنما هو عمل مركب من الواقع والقانون وعلى سبيل المثل القاضي الجنائي لايطبق قانون العقوبات فحسب وإنما عليه أن يراعي شخصية المتهم وظروفه الداخلية والخارجية والاسباب التي دفعته الى ارتكاب الجريمة.

٣. المنطق القضائي ذو طابع إجرائي وعملي بينما المنطق القانوني ذو طابع نظري ساكت[١].

الاستنتاج:

يستنتج من هذا العرض أن القاضي يمارس مهمتين اساسيتين: -

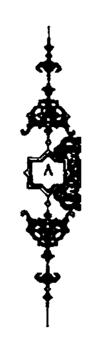
احداهما مهمة موضوعية تتعلق باثبات وقائع الدعوى للاقتناع بما هو الصواب في نظره.

والثانية مهمة قانونية تتصل بتعيين القاعدة القانونية الواجبة التطبيق بعد تكييف الواقعة وتحديد صفتها القانونية.

ومحصلة هاتين المهمتين النطق بالحكم العادل.

---

[١] د. احمد فتحي سرور /النقض في المواد الجنائية /ص١٥٨ ومايليها.



الفصل الثامن

فلسفة القانون تشريعا وتطبيقا وتنفيذاً

تتوزع دراسة هذا الموضوع على ثلاثة مباحث يخصص الأول لفلسفة القانون تشريعا والثاني لفلسفته تطبيقا، والثالث لفلسفته تنفيذا.



المبحث الأول
فلسفة القانون تشريعاً

لفظ (فلسفة) مشتق من اليونانية وأصله (فيلا-صوفيا) ومعناها محبة الحكمة أو محب الحكمة ويطلق على العلم بحقائق الاشياء والعمل بما هو ألاصلح[١].

وفلسفة القانون العامة هي علته الغائية المرادفة للمصلحة فكل قانون يشرع ويعدل ويلغي في ضوء علته الغائية أي مصلحة المجتمع الذي يخضع له.

قال الفيلسوف اليوناني أرسطو[٢]: إن كل حدث إرادي يصدر عن الانسان البالغ العاقل المختار له (أربع علل: علة فاعلية، وعلة مادية وعلة صورية، وعلة غائية).

وعلى سبيل المثل السلطة التشريعية في كل زمان ومكان علة فاعلة لتشريع القانون وتعديله والغائه.

ومفردات كل قانون علته المادية، والهيئة الحاصلة من تركيب وصياغة هذه المفردات صياغة فنية في شكل المواد علته الصوريه، ومصلحة المجتمع الذي يخضع لهذا القانون علته الغائية.

وجميع الاحكام الشرعية والقانونية معللة بالاغراض، والمصلحة التي هي علة غائية من حيث التصور مقدما وقبل البدء بالعمل تسمى غرضا والنتيجة التي تتحقق بعد اكمال مقدماتها تسمى غاية.

فالغرض والغاية متحدان بالذات ومختلفان في الاعتبار. وقد نص القرآن الكريم صراحة على ان العلة الغائية لرسالة محمد (ﷺ) هي مصلحة المجتمع البشري فقال تعالى مخاطبا رسوله: ﴿وَمَا أَرْسَلْنَاكَ إِلَّا رَحْمَةً لِّلْعَالَمِينَ﴾.[٣]

---

[١] المعجم الفلسفي للدكتور جميل صليبا ٢/ ١٦٠

[٢] (٣٨٤ – ٣٢١ ق. م) كان ابنا لطبيب باسطاغير في شمال اليونان ومن نظرياته: المقولات العشر، والصورة والهيولي والموجود بالفعل والوجود بالقوة والعلل الاربع وتصنيف العلوم وعلم المنطق والفيزياء وعلم الحياة ونظرية النفس وما بعد الطبيعة (الميتا فيزيقيا) والاخلاق والسياسة وغيرها. الموسوعة الفلسفية المختصرة ص ٣٢ وما بعدها.

[٣] سورة الأنبياء / ١٠٧

وفي علم البلاغة نفي المنفي للحصر اي ان الغاية الوحيدة من الرسالة المحمدية هي المصلحة البشرية لأن اوقات الانسان منذ الخليقة اذا استغرقت بالعباده لاتزيد من عظمة الله مثقال ذرة، وإذا استغرقت بالالحاد والزندقة لاتنقص من عظمته مثقال ذرة. والمراد بالرحمة في هذه الآية المصلحة البشرية، وللمصلحة ذات الجانبين: الجانب الايجابي هو المنفعة المستجلبة سواء كانت هذه المنفعة مادية كالمأكولات والمشروبات مثلا او معنوية كالحفاظ على كرامة الأنسان وحياته وسلامته وماله وعرضه وكتأمين الأمن والأستقرار والطمأنينة ونحو ذلك.

والجانب السلبي هي المضرة او المفسدة المستدرئة سواء كانت هذه المضرة اوالمفسدة ماديه ام معنوية.

وكل ماينفع الأنسان ماديا او معنويا امرت به الرسالة المحمدية (الشريعة الأسلامية) وكل ما يلحق الضرر بالأنسان ماديا او معنويا حرمه الأسلام ونهى عنه ووضع لمكافحة الأجرام والأضراروسائل وقائية كالعبادات والعلاجية كالعقوبات.

فالعلة الغائية للدساتير والقوانين التي هي من صنع البشر في العالم كله هي تحقيق مصالح المجتمع الذي يحترم الدستور والقانون ويخضع لهما ويعمل بمقتضاهما.

فهذه المصالح هي العلل الغائية الدافعة الى تشريع القانون وتعديله والغائه في ضوء المستجدات ومتغيرات الحياة ومصالح الأنسان.

فكلما تغيرت المصالح يجب ان تتغير القوانين التي شرعت لأجلها لأنه إذا تغيرت المصالح وتطورت الحياة وتقدمت الحضارة وبقى القانون جامدا لم يساير ركب تقدم المجتمع يرجع ابناء هذا المجتمع ويقومون بالثورة ضده.

وينبني على حصر الغاية من القانون في مصلحة المجتمع والفرد ان قانون كل مجتمع لايصلح لمجتمع آخر لأختلاف مصالحهما ولأن القانون يستقى من واقع المجتمع ومن مستلزمات حياته.

وهذا ماقال به الفيلسوف والعالم الأجتماعي الفرنسي مونتسكيو[1] حيث ذهب الى القول بضرورة اختلاف القوانين باختلاف الأقاليم والعروق والمعتقدات والمناخ والوسائل وغيرهما من المصالح والمستلزمات الحياتية لكل مجتمع.

غير انه يجب ان يستثنى من هذه القاعدة العامة لمونتسكيو بعض المبادىء العامة والقواعد الكلية المشتركة بين الأسر البشرية كالحقوق التي يطلق عليها القانونيون مصطلح

---

[1] مونتسكيو- روح الشرائع ١/ ١٩ ومايليها.

(الحقوق الطبيعية) كحق حماية الحياة و العرض والمال والمسكن والتملك والتنقل ونحو ذلك.

وقال الفيلسوف الأنجليزي (جيمي بنتام)[١]: - (والنفعية القانونية فلسفة قانونية وضعية).

فالمنفعة القانونية مذهب وضعي من انصاره بنتام وغيره من الفلاسفة والمفكرين يرفض هذا المذهب الأعتقاد بقيمة القانون الطبيعي والأفكار الدينية والأخلاقية وإنما يؤمن فقط بالأرتباط الوثيق بين المنفعة والقانون، فالمنفعة هي اساس القانون وهي غايته.

ويفسر بنتام ومن يتفق معه من انصار المذهب الوصفي ان الأرتباط بين القانون والمنفعة يكون على اساس ان الواقع يقول ان الانسان يخضع نظام حياته بين قطبين هما: قطب تحقيق اللذه وقطب دفع الألم والضرر.

والأساس الوحيد لنشأة الدولة والغاية منها هو فكرة المنفعة، وان فكرتي القانون الطبيعي والعقد الأجتماعي من الأوهام ومن نسيج الخيال.

كما يقول بنتام لو فرضنا وجود ما يسمى القانون الطبيعي فان هذا القانون لايمكننا ان نخلع عليه الصفات والخصائص التي يخلعها عليه انصار نظرية القانون الطبيعي فهو ليس قانونا ثابتا وخالدا وعالميا كما يدعون بل هو مجموعة مبادئ مصاغة من قبل عقل بعض المفكرين.

وجدير بالذكر ان فكرة النفعية القانونية ترجع جذورها الى الفلسفية الأبيقورية التي أسسها أبيقور.[٢]

تقويم نظرية المنفعة: -

أ- هذه النظرية اصابت في الامور التالية: -

١- في حصر فلسفة القانون في مصلحة الانسان.

٢- في إنكار وجود القانون الطبيعي فهو خيال لاوجود له في الواقع.

٣- في إنكار وجود نظرية العقد الأجتماعي فهو أيضا من الافكار الوهمية.

ب- واخطأت في الآتي: -

١- حصر المنفعة (الفلسفة القانونية) في اللذة المستجلبة والالم المستدرا فالمنفعة التي

---

[١] (١٧٤٨-١٨٣٢)

[٢] أبيقور (٣٤٢ – ٢٧٠ ق. م) أثيني المولد وأشهر مايعرف به هو نظرية الخلقية ومذهب اللذة. ينظر الموسوعة الفلسفية المختصرة ص ١٥ ومايليها.

تعد فلسفة للقانون مرادفة للمصلحة وهي كما ذكرنا إيجابية وسلبيه مادية ومعنوية وتشمل جميع متطلبات الحياة وجلب جميع المنافع التي هي من مستلزمات السعادة البشرية كافة ودرء جميع المضار والمفاسد التي هي تجلب الويلات الخاصة و العامة للانسان بصورة مشتركةلو منفردة.

٢- عدم إعطاء القيمة للتقييم الدينية والاخلاقية دعوة نحو الانحطاط البشري وإنحراطه الى العالم الحيواني والهمجي وعدم التفكر إلا بالذات والمصالح الشخصية.

٣- حصر المنفعة في اللذة المستجلبه والألم المستدرأ يرفع التفرقة بين الحيوان الذي يعيش ليأكل وبين الانسان الذي يأكل ليعيش ويؤدي رسالته.

والمذهب النفعي بالمعنى البنتامي لا ينظر الى اسباب الجريمة ومكافحتها ولا الى مرض الجاني ومعالجته بل يعتمد على العقوبات القاسية على الجرائم حتى لاتكدر صفوة اللذة المطلوبة ولا تحولها الى الالم المرفوض.

والواقع ان المنفعة القانونية لاتكون فلسفة لتشريع القانون و تعديله وإلغائه ما لم تكن مرادفه للمصلحة الأيجابية والسلبية المادية والمعنوية بمفهومها الشامل. وجدير بالذكر ان المصالح التي هي فلسفة القانون قد تكون متعارضة ومتضاربة بين افراد المجتمع لذا من الضروري ان ياخذ المشرع بنظر الأعتبار المبادئ العامة الآتية:

١- يتحمل الضرر الخاص لدفع الضرر العام حين التعارض.

٢- الضرر الأشد يزال بالضرر الأخف.

٣- إذا تعارضت المصلحة العامة مع المصلحة الخاصة يجمع بينهما بقدر الأمكان والا فتقدم العامة.

٤- إذا تعارضت مصلحة محققة مع مصلحة احتمالية تقدم الاولى.

٥- من الضروري رعاية مصالح الاجيال القادمة فالمعادن الفلزية واللافلزية ملك لجميع الأجيال في الماضي والحاضر والمستقبل كما قال سبحانه وتعالى: ﴿هُوَ الَّذِي خَلَقَ لَكُم مَّا فِي الأَرْضِ جَمِيعاً﴾[1]. والخطاب في هذه الآية موجه الى جميع الناس في جميع اجياله ومن الاخطاء التي لاتغتفر إسراف بعض الدول في إستخراج النفط وبيعه بأكثر من اللازم دون حاجة ماسة الى هذا الاسراف والتبذير على حساب خسارة الاجيال القادمة.

---

[1] سورة البقرة ٢٩

المبحث الثاني
فلسفة القانون تطبيقاً

فلسفة تطبيق القانون من قبل القضاء هي تحقيق المساواة والعدالة:

اولا: تحقيق المساواة:

المساواة في اللغة هي اتفاق شيئين في الكمية كما ان المشابهة اتفاقهما في الكيفية والأتفاق في الكمية هو ان احد الشيئين يمكن ان يستبدل بالاخر دون زيادة او نقصان[١]. وللمساواة في علم المنطق عبارة عن صدق كل من مفهومي مصطلحين على جميع ما يصدق عليه الآخر[٢]. كالعقد الموقوف والعقد غيرالنافذ[٣]. وفي الأصطلاح القانوني نوعان المساواة في القانون والمساواة امام القضاء: -

١-المساواة في القانون:

عبارة عن التوازن بين حقوق والتزامات كل من يخضع له فكل من يأخذ حقا اكثر من إلتزامه يعد متجاوزا عن حدوده القانونية وغاصبا لحقوق الآخرين وتكون مسؤليته جزائية ومدنية ان كان عالما بهذه الزيادة ومدنية فقط اذا كان يجهل ذلك. والمسؤولية لاتقتصرعليه فقط وانما تشمل السلطة التي منحته حقوقا اكثر من إلتزاماته. وبعكس ذلك من كلف بأداء إلتزامات اكثر من حقوقه يعد معتدى عليه وتقع المسؤولية على المعتدي سواء كان

---

[١] المعجم الفلسفي د. جميل صليبا ٢ / ٣٦٧

[٢] البرهان للعلامة الشيخ اسماعيل بن مصطفى المعروف بشيخ زادة الكلنبوي (ت-١٢٠٥ هـ) مطبعة السعادة / مصر / ص ٥٢

[٣] فمفهوم كل واحد منهما يصدق على جميع ما يصدق عليه الأخر وهو انعقاد العقد صحيحا مع عدم ترتب الأثر عليهما (الحقوق والألتزامات) الا بعد اجازه من له حق هذه الأجازة كعقد معاوضة يكون احد طرفيه ناقص الأهلية فلا تترتب عليه الاثار الا بعد اجازه الولي فإن اجازة ترتبت عليه الاثار بالأثر الرجعي والا فيعتبر كأن لم يكن اصلا.

شخصا طبيعيا او معنويا ما لم يكن الملتزم متطوعا ومتبرعا باداء الزيادة وهو عاقل بـالغ مختار فعلى الجهة المسؤولة عن إلزامه بالزيادة تعويضه عن مـا يلحـق بـه مـن ضـرر تلـك الألتزامات الزائدة. ويبنى على المساواة القانونية بالمفهوم المذكور وجوب توزيـع الوظـائف والمناصب والمسؤوليات على المواطنين حسب اهليتهم وكفاءتهم العلميـة والعقليـة والبدنيـة والادارية والسياسية لأن الوظيفة او المنصب تكليـف وليسـت حقـا فتقـع مسـؤولية عـدم الكفاءة والأهلية على السلطة الزمنية التنفيذية التي تتولى تعيين شخص في مكـان لـيس اهلاً له وعلى الشخص الذي يقبل هذا التعيين مع علمه بعـدم أهليتـه. ثـم ان تعـيين غـير الكفوء في الوظيفة او قبوله في مرتبة علمية اعلى وهو ليس اهلا لها (جريمة تقديم المصلحة الخاصة علـى المصـلحة العامـة)[1]. فيجـب إسـتبعاد التعـيين في الوظـائف او القبـول في الدراسات والدرجات العلمية على اساس الحزبية او المنسوبية او الوسـاطات او اي سـبب غـير مشروع آخر. وفي سنة ١٩٨٣ كلفت بإلقاء محاضرة في ندوة علمية وسياسية في جامعة البكـر في بغداد فانتقدت بشدة قبول الطلبة في البعثات لأكمال الدراسـة خـارج العـراق وفي كليـة التربية على اسـاس الحزبية البعثية. واعترض علي احد المسؤولين قائلا: نحن ناضـلنا في حينـه نريد اليوم ان نأكل ثمار نضالنا فقلت له يبدو ان حضرتكم لحد الآن لم يفهم معنـى النضـال فالمناضل هو الذي يصبح شمعة يحترق لينير الطريق امام الآخرين.

المرأة والمساواة مع الرجل:

للمرأة حق التمتع بجميع الحقوق التي يتمتع بها الرجل إذا كانـت هـذه الحقـوق خاضـعة لارادة المشرع وقابلة للتنظيم القانوني كالوظائف والمناصب وتحمل المسؤوليات في الدولة لأن الخالق الذي خلقهما أقر هذه المساواة في الحقـوق والالتزامـات القانونيـة والتنظيميـة لكـلا الصنفين دون تفريـق أو تمييـز فقـال سـبحانه وتعـالى في القـرآن الكـريم: ﴿وَالْمُؤْمِنُـونَ وَالْمُؤْمِنَاتُ بَعْضُهُمْ أَوْلِيَاء بَعْضٍ يَأْمُرُونَ بِالْمَعْرُوفِ وَيَنْهَوْنَ عَنِ الْمُنكَرِ﴾[2].

---

[1] لم اجد احدا حسب علمي يطلق على تقديم المصلحة الخاصة على المصلحة العامة تعبير الجريمة علما بان هذا الاطلاق حقيقة واضحة وضوح الشمس في منتصف النهار لأنـه من بـاب خيانة الأمانة لذا نقترح ادراج هذه الجريمة ضمن الجرائم الاخرى وتحدد لها عقوبـة تـتلائم مـع حجمها.

[2] سورة التوبة/٧١

ومن البدهي أن وظيفة كل مسؤول سياسي أو اداري عبارة عن الأمـر بـالمعروف أي بما هو خير ومن صالح المجتمع والفرد في بلده، وعن النهي عن المنكر أي عن كل مـاهو ضـرر وشر ومفسدة في البلد.

ولم يفرق القرآن الكريم في تلك الولايتين الـذكر والانثـى وإنمـا تـوزع المسـؤولية علـى الصنفين على أساس الاهلية والكفاءةالاعلى أساس الذكورة والانوثة وقد تكون الانثى أكثـر أهلية وكفاءة من الرجل في تحمل المسؤولية واداء الواجب وعلى سبيل المثـل وقـف العلامـة المجتهد المرحوم أبو أعلى المودودى الى جانـب فاطمـة جنـاح في إختيارهـا لرئاسـة دولـة باكـستان ضد أيوب خان[١]. لهذه الرئاسة وأحتج بأن فاطمة أكثر كفاءة لهذا المنصب الخطير.

والمعروف أن الرسول (ﷺ) نهى أن تتولى المرأة هذة الرئاسـة تخصيصًـا لعمـوم مـاورد في القران ولكن هذا النهي يحمل على حالة لاتكون المراة المنافسة للرجل أكثـر أهليـة وكفـاءة وإلا فتقدم على الرجل لان الغاية الاساسـية مـن الرسـالة المحمديـة هـي مصـلحة الفـرد والمجتمع كما نص على ذلك القران الكـريم في قولـه تعـالى: ﴿وَمَـا أَرْسَـلْنَاكَ إِلَّـا رَحْمَـةً لِّلْعَالَمِينَ﴾ هـنا في الحقـوق الاراديـة والتنظيميـة، أمـا الحقـوق الطبيعيـة والخلقيـة فلـيس باستطاعة أحد المطالبة بالمساواة فيها.

ب- المساواة أمام القضاء:

المساواة أمام القضـاء هي المبدا الذي يوجب معاملـة جميـع الافـراد الـذين يلجـأون الى القضـاء لحل الخلافات والمنازعات والخصومات معاملة واحدة من حيث الحقـوق والالتزامـات بطريقة لايفضل أحد منهم على الاخر في إحقاق الحق أيا كان السبب.

ذكرنا سابقا ان المفروض في القاضي هو ان يكون نزيها لا يميل الى طرف لمكسب شخصي مادي أو معنوي وان يكون مسـتقلا في حكمـه لا يتـأثر بـأي مـؤثر خـارجي علـى اسـاس العلاقات الشخصية والوساطات أوعلى اساس الخضوع لسلطة عليا وان يكون ديدنـه دائمـا

---

[١] ينظر العلامة الاستاذ الدكتور يوسف القرضـاوي: أولويـات الحركـة الاسـلامية في مرحلـة القادمـة /ص٢٩ حيث يقول (ولقد لقي العلامة أبو أعلى المودودي وجماعته عنتـا كـثيرا حينمـا راى في ضوء فقه الموازنات أن انتخاب فاطمة جناح اقل ضررا من انتخـاب أيـوب خـان فشـنت الغـارة عليهم بحديث (لن يفلح قوم ولوا أمرهم إمرأة) وهل يفلح قوم ولـوا أمـرهم طاغيـة تجبر أم لـن يفلحوا.

تحقيق العدالة وإعطاء كل ذي حق ما يستحقه من الثواب او العقاب لأن القضاء اذا صلح صلح المجتمع واذا فسد فسد المجتمع. يقال: ان رئيس وزراء بريطانيا السابق مستر تشرشل سأل بعد ان وضعت الحرب العالمية الثانية اوزارها عن تأثير هذه الحرب على سلوكية الشعب الأنجليزي فاجابوه بما اجابوه ثم سأل عن القضاء فقالوا لم يتأثر بالحرب ولا بسلبياتها فقال اذن بريطانيا لاتزال بخير. فالمساواة بين افراد الشعب مبدأ اساس في كل مجتمع ذي سيادة مستقلة تجب مراعاته في جميع المجالات وبوجه خاص امام القضاء.

ثانيا: تحقيق العدالة:

العدالة في اللغة: الأستقامة[١]. وفي الشريعة: الأستقامة على طريق الحق والأبتعاد عما هو محظور ورجحان العقل على الهوى وضد الجور.

وفي اصطلاح الفقهاء: اجتناب الكبائر وعدم الاصرار على الصغائر والالتزام بالصدق واجتناب الكذب وملازمة التقوى والبعد عن الافعال الخسيسة[٢]. والعدالة مرادفة للعدل باعتباره مصدرا وهو الاعتدال والاستقامة والميل الى الحق. وجملة الكلام ان العدل عبارة عن امر متوسط بين طرفي الافراط والتفريط[٣] والعدالة في اصطلاح الفلاسفة: هي المبدأ المثالي او الطبيعي او الوضعي الذي يحدد معنى الحق ويوجب احترامه وتطبيقه فاذا كانت متعلقة بالشيء المطابق للحق دلت على المساواة والاستقامة، واذا كانت متعلقة بالفاعل دلت على احدى الفضائل الاصلية وهي الحكمة والشجاعة والعفة.

والعدالة ليست جزء من الفضيلة وانما هي الفضيلة كلها والعدالة الاجتماعية هي احترام حقوق المجتمع[٤].

---

[١] مختار الصحاح: مادة عدل

[٢] التعريفات للجرجاني

[٣] الافراط التجاوز عن الحدود من جانب الزيادة، والتفريط التجاوز عن الحد المعقول المطلوب من جانب النقص

[٤] المعجم الفلسفي / المرجع السابق / ٢ / ٥٨ ومايليها

العدالة المطلقة والعدالة النسبية:

قسم علماء القانون العدالة بحسب المفهوم الى العدالة المطلقة والعدالة النسبية: -

العدالة المطلقة يقصد بها العدالة الحقيقية والموضوعية التي لا تختلف باختلاف الزمان والمكان والاشخاص والظروف الخارجية (البيئية) والذاتية (الشخصية)

فقالوا: ان العدالة بالنسبة لبعض الناس لها مفهوم مطلق ثابت لايتغير باختلاف الزمان والمكان وانها قمة عليا تشتمل جميع القيم. وبالنسبة للبعض الاخر مفهومها نسبي يختلف من مجتمع الى آخر بل من طائفة الى اخرى في مجتمع واحد. فبالنسبة الى الفريق الاول العدالة مبنية على بعض المسلمات الثابتة غير القابلة للتبديل او التغيير بغض النظر عما تحدثه التقلبات الاجتماعية من تغيير المفاهيم في اذهان الناس.

وبالنسبة للفريق الثاني فالامر يتعلق بالعدالة التي تعمل الدولة على تحقيقها انها عدالة منظور اليها في مجتمع معين وفي زمن محدد الى آخره[١]. ويلاحظ ان هذا التقسيم بالاضافة الى انه ليس مبنيا على اساس علمي دقيق واضح يميز الفريق الاول من الفريق الثاني فيه خلط بين العدالة من حيث الماهية والعدالة من حيث التطبيق فماهية العدالة حقيقية وموضوعية لا تتأثرباختلاف الزمان والمكان والاشخاص فهي عبارة عن الحكم باعطاء كل شخص معنوي او طبيعي ما يستحقه من مكافأة او عقوبة[٢]. اما من حيث التطبيق فان هذه الماهية قد لاتراعي موضوعيتها لاسباب انسانية وغيرها فالمستحق لمقدار محدد من المكافأة قد يأخذ اكثر من استحقاقه، والمستحق لعقوبة محددة بالقانون بمقتضى العدالة المطلقة قد يعاقب باقل مما يستحقه لاعتبارات ذاتية او خارجية ففي مثل هذه الحالات التطبيقية كما تكون العدالة حقيقية في بعض الاحيان قد تكون نسبية في احيان اخرى.

---

[١] لمزيد من التفصيل يراجع د. ابراهيم حسن / غاية القانون – دراسة فلسفة القانون / ص١٣٢

[٢] اي بدون زيادة او نقصان

العدالة التوزيعية والعدالة التبادلية:

قسم علماء القانون العدالة من حيث المصدر الى قسمين توزيعية وتبادلية:

١- العدالة التوزيعية: - هي التي يكون مصدرها السلطة العامة حين توزع بموجب الدستور اوالقانون الأعباء (الالتزامات) والحقوق بناء على العلاقات القائمة بين هذه السلطة العامة وبين اعضاء المجتمع (الافراد). لاعلى اساس المساواة المطلقة وانما على اساس المساواة التناسبية وذلك بلن تراعي وهي بصدد توزيع الاعباء والحقوق على الافراد للأختلاف المحتوم الذي يوجد بين الافراد من حيث الحاجات والقدرات والمؤهلات وطبيعة الاعمال التي يقومون بها.

٢- العدالة التبادلية: - وهي التي تبنى على العلاقات المالية وغير المالية بين الافراد انفسهم بعضهم مع بعض[1] كالتوازن بين العوضين في المعاوضات وبين الحقوق والالتزامات على اساس علاقة الزوجية ونحو ذلك.

تقويم التقسيم:

هذا التقسيم كالتقسيم السابق معيب بميزان العقل السليم والمنطق حيث خلطوا بين ماهية المساواة وماهية العدالة فالماهيتان من حيث المفهوم متباينتان كما سبق.

وتوزيع الحقوق والاعباء التي مصدرها السلطة العامة من باب المساواة لامن قسم العدالة وكذلك العدالة التبادلية هي المساواة بين العوضين والحقوق والالتزامات المتبادلة بين الافراد. وهذا الخلط وقع فيه القانونيون نتيجة عدم إدراك النسبة المنطقية من حيث التحقق لان المساواة متى تحققت تتحقق العدالة دون العكس الكلي. ولكن العدالة من حيث المفهوم والماهية شيء والمساواة شيء آخر فكان الأجدر بهم ان يقسموا المساواة الى التوزيعية والتبادلية مع رعاية العدالة

---

[1] ينظر د. حسن كيره / المدخل الى القانون / دار النهضة / بيروت / ١٩٦٧ / ص ١٦١ وما يليها. د. عبدالحي حجازي / المدخل لدراسة العلوم القانونية / الكويت / ٩٩٧٢ / ص ٢١٤. د. ابراهيم حسن / غاية القانون المرجع السابق ص ١٤٧ وما يليها.

ثم ان العدالة من القيم والفضائل وإحقاق الحق و إعطاء كل ذي حق حقه الذي يستحقه، بينما المساواة من باب الموازنات بين الحقوق والاعباء من السلطة العامة وبين الحقوق والالتزامات المتبادلة من الافراد بعضهم مع البعض.

التفرقة بين العدل والعدالة:

فرق علماء القانون بين العدل والعدالة فقالوا: العدل هو الحكم بإعطاء كل مستحق إستحقاقه بدون زيادة او نقصان.

اما العدالة فهي عبارة عن الحكم بإعطاء الشخص اكثر او اقل مما يستحقه لأعتبارات إنسانية او غيرها فالقاضي إذا حكم على الجاني بعقوبة اقل من حجم الجريمة فهو عدالة وليس بعدل وكذلك رئيس مؤسسة إذا كرم أحد منتسبيها لأي اعتبار كان باكثر مما يستحقه فهو عدالة وليس بعدل وهكذا[1]. وهذا التمييز بين العدل والعدالة خطأ شائع لدى القانونيين فهو خلط بين العدل والعدالة وبين الاحسان فالزيادة او النقص لأي اعتبار كان هو من باب الاحسان لا من باب العدل والعدالة وقد نص القرآن على الفرق بين العدل والعدالة وبين الاحسان في قوله تعالى: ﴿إِنَّ اللَّهَ يَأْمُرُ بِالْعَدْلِ وَالإِحْسَانِ﴾[2]. فعطف الاحسان على العدل للمغايرة فاذا اخذ الانسان من حقه ما يستحقه بدون زيادة او نقصان فهو من باب العدل والعدالة واذ اخذه مع نسبة من زيادة او نقصان لاعتبارات انسانية او اخلاقية او نحو ذلك يسمى احسانا. ثم ان العدالة مشتقة من العدل فالمشتق منه يبقى محتفظا بمعناه في جميع مشتقاته ما لم تتغير المادة الاصلية (الحروف الاصلية). وعلى سبيل المثل لفظ (القتل) الذي هو مصدر لسائر مشتقاته معناه القانوني والشرعي ازهاق روح انسان كان حين الاعتداء عليه على قيد الحياة فهذا المعنى لايتغير في فعل الماضي (قتل) المضارع (يقتل) واسم الفاعل (القاتل) واسم للمفعول (المقتول).

---

[1] د. عبدالحي حجازي / المرجع السابق / ص ٢١٩

[2] سورة النحل / ٩٠

المبحث الثالث

فلسفة القانون تنفيذا

تنفيذ العقوبة على الجاني بما يسلب حريته أو يؤذي جسده وكذلك تنفيذ التعويض على المدين أو نحو ذلك يجب أن يقصد به إصلاح الجاني وجبر مانقص بسبب عمل غير مشروع.

وفلسفة الجزاء الجزائي إصلاح وفلسفة الجزاء المدني جبر لضرر لحق بالدائن نتيجة قيام المدين بعمل ضار غير مشروع.

والعدالة تتطلب من جميع دول العالم أن تغير سياستها العقابية وتبدل فكرة الثأر والانتقام بنظرية الاصلاح بعد أن قطع الانسان شوطا بعيدا في التقدم والتطور والحضارة.

وقد أن الأوان لتبديل السجون والمعتقلات بالمدارس الاصلاحية لتعليم المحكوم عليه المهن والحرف كالخياطة والنجارة ونحت التحفيات ومكافحة الأمية وإستخدام الاجهزة الحديثة كالكومبيوتر والانترنيت للاطلاع على المستجدات والمكتشفات العلمية الحديثة ونحو ذلك.

ويجب إلقاء المحاضرات الدينية والقانونية والاجتماعية والاخلاقية والنفسية ونحو ذلك عليهم بمعدل محاضرتين لجميعهم في كل شهر على الاقل.

ويجب فتح الزيارات لذويهم في كل اسبوع مرة أيا كان حجم الجريمة التي أرتكبها المسجون.

ويجب ترك عادة السجن الانفرادي لمن تعتبر جريمته ذات خطورة على المجتمع لان هذا النمط من السجن لايزيد المسجون الا حقدا على مجتمعه.

ويجب تحويل بنايات السجون والمعتقلات الى أبنية تتوافر فيها كافة المستلزمات الصحية والالعاب الرياضية ويجب أن يكون في كل سجن مكتبة تتوافر فيها الكتب المفيدة في كافة العلوم. ويجب منح الاجازات الشهرية لمن لاتعد جريمته ذات خطورة كبيرة وذلك بكفالة مالية لوشخصية ليأخذ قسطا من راحته بحرية حتى يستيقظ ضميره ويشعر بذنبه وتقصيره ويتجه نحو إصلاح نفسه وتقويم سلوكه.

ويجب أن لاتهان كرامة المتهم حين التحقيق معه وحين محاكمته وحين تنفيذ العقوبة عليه بعد الحكم لانه انسان كرمه خالقه بدون تمييز فيجب ان لا يهان من العبد. قال سبحانه

وتعالى في القران الكريم: ﴿وَلَقَدْ كَرَّمْنَا بَنِي آدَمَ وَحَمَلْنَاهُمْ فِي الْبَرِّ وَالْبَحْرِ وَرَزَقْنَاهُم مِّنَ الطَّيِّبَاتِ وَفَضَّلْنَاهُمْ عَلَى كَثِيرٍ مِّمَّنْ خَلَقْنَا تَفْضِيلاً﴾[1].

وجدير بالذكر ان تنفيذ العقوبة على الجاني مر بمراحل متعددة حسب تأخر وتقدم المجتمعات في تاريخ البشرية واهم تلك المراحل هي الاتية: -

١- مرحلة الثأروالانتقام من الجاني نفسه أو من اي شخص اخر ينتمي الى عشيرته أو قبيلته. وهذا النمط الهمجي المتخلف كان قد يؤدي الى نشوب حروب طاحنة لسنوات بين عشيرتي أو قبيلتي الجاني والمجني عليه. ولاتزال هذه العادة السيئة سارية بين بعض العشائر والقبائل المتخلفة رغم التطور البشري.

٢- مرحلة تسليم الجاني الى قبيلة المجني عليه لتصبح تحت رحمتها ان شاءت قتلته وان ارادت استعبدته وسخرته لمآربه. وهذه المرحلة كانت بعد أن مر الانسان بقبس من التطور.

٣- مرحلة الديه (التعويض المالي) فبعد شيء من التقدم والتطور كان عشيرتا او قبيلتا الجاني والمجني عليه تتفقان على تعويض مالي يعطى لولي الدم وقد اقر الاسلام هذا النمط من الصلح بين جميع الاطراف وكان هذاالتعويض يقدر بمائة إبل أو بما يقابل ثمنها ولكن الاسلام اعطى ثلاث خيارات لولي الدم: اخذ القصاص من الجاني، أوالعدول الى الدية، أو التنازل من الحقين المذكورين فقال تعالى: ﴿وَمَن قُتِلَ مَظْلُوماً فَقَدْ جَعَلْنَا لِوَلِيِّهِ سُلْطَاناً﴾[2]. والسلطان في هذه الاية عبارة عن سلطة اختيار احد الخيارات المذكورة. وبناء على هذه السلطة فلا يحدد مقدار الدية بل يجوز الاتفاق بين الطرفين على أي مبلغ كان مالم يزد مقداره عن ثمن مائة إبل في كل زمان ومكان.

٤- مرحلة التكفير عن الذنب بحيث تتناسب العقوبة كماً وكيفاً مع حجم الجريمة لذا كانت طريقة التنفيذ في هذه المرحلة غالبا تتسم بالقسوة والوحشية.

٥- مرحلة فكرة النفعية أي أن العقاب لايوجه في تنفيذه الى الماضي للتكفير عن جريمة وقعت وانتهى امرها وانما يوجه الى مستقبل يحتمل وقوعها وتكرارها فكان

---

[1] سورة الاسراء/٧٠

[2] سورة الاسراء/٣٣

هذا المتوقع يمنع منعا خاصا بزجر الجاني ومنعا عاما عن اقتداء الاخرين بـه عن طريق الردع.

٦- مرحلة التوفيق بين الفلسفة النفعية (حماية المجتمع من الاجرام في المستقبل) و الفلسفة الاخلاقية (تحقيق العدالة).

٧- مرحلة الاتجاه الحديث في التشريعات العقابية الحديثة فهو الغاء عقوبة الاعدام وفكرة الاشغال الشاقة في تنفيذ العقوبة. وتبديل عقوبات بعض الجرائم الماسة بحرية الانسان وجسده بالعقوبات المالية (الغرامات). وبإيقاف التنفيذ مع وضع المراقبة على من يتم ايقاف تنفيذ عقوبته إذا توافرت شروطه.

وبالنفي من مكان الى مكان اخر أو الاقامة الجبرية أو اتخاذ التدابير الاحترازية الوقائية أو نحو ذلك. ومن المعروف أن الشريعة الاسلامية ركزت على الوسائل الوقائية واعتمدت عليها في مكافحة الاجرام اكثر من الوسائل العلاجية (العقوبات). فجميع العبادات البدنية المحضة كالصلاة والصيام والمالية المحضة كالزكاة والانفاق في سبيل المصلحة العامة والمختلطة من المالية والبدنية كالحج كلها وسائل وقائية لاصلاح الانسان وبالتالي لمكافحة الاجرام.



الفصل التاسع

مباديء العدالة وآداب القضاء في الأسلام

نتناول دراسة هذا الموضوع في
مبحثين يخصص الأول لمبادي
العدالة والثاني لآداب القضا.



المبحث الأول
مباديء العدالة في الاسلام

العدالة عبارة عن إعطاء كل ذي حق حقه فهي ثابتة في كل زمان ومكان وفي جميع الظروف خلافاً لمن زعم أن العدالة أمر نسبي. كما ان المساواة عبارة عن التوازن بين الحقوق والألتزامات بالنسبة لكل شخص طبيعي او معنوي.

والعدالة امر بها القرآن الكريم في جميع مجالات الحياة وفي العلاقات البشرية وقد أمر بها القرآن الكريم في آيات كثيرة منها قوله تعالى: ﴿إِنَّ اللَّهَ يَأْمُرُكُمْ أَن تُؤَدُّواْ الأَمَانَاتِ إِلَى أَهْلِهَا وَإِذَا حَكَمْتُم بَيْنَ النَّاسِ أَن تَحْكُمُواْ بِالْعَدْلِ﴾[1]. ومنها: ﴿يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُواْ كُونُواْ قَوَّامِينَ لِلَّهِ شُهَدَاء بِالْقِسْطِ وَلاَ يَجْرِمَنَّكُمْ شَنَآنُ قَوْمٍ عَلَى أَلاَّ تَعْدِلُواْ اعْدِلُواْ هُوَ أَقْرَبُ لِلتَّقْوَى وَاتَّقُواْ اللَّهَ إِنَّ اللَّهَ خَبِيرٌ بِمَا تَعْمَلُونَ﴾[2]، ومنها: ﴿إِنَّ اللَّهَ يَأْمُرُ بِالْعَدْلِ وَالإِحْسَانِ﴾[3].

ومن تتبع اقضية الرسول (ﷺ) والخلفاء الراشدين وفقهاء الصحابة تبين له بوضوح ان ديدنهم كان هو تحقيق العدالة ايماناً منهم بأن النصوص إن هي إلاوسائل لتحقيق هذه الغاية.

وقد تولى مهمة القضاء بعد الرسول (ﷺ) نخبة من فقهاء الصحابة والتابعين اللذين كانوا على المام تام بلغة القرآن ولهم المعرفة باسباب النزول وأسرار التشريع اضافة الى صفاء الذهن وسرعة الفهم وسلامة الفطرة وذكاء القريحة والملكة الفقهية، فكانوا أمناء على شرع الله وخلفاء في قيادة الامة فصاروا على نهج الرسول وسلكوا السبيل الذي سلكه في تعليل أحكام الله بغايات ومصالح مقصودة من تشريعها وتطبيقها وتنفيذها فتوسعوا في هذا المضمار من غير مخالفة ولا عصيان اذعاناً منهم بأن شريعة الله ليست جامدة على

---

[1] سورة النساء /الاية: ٥٨

[2] سورة المائدة/الاية ٨.

[3] سورة النحل/اية٩٠.

النصوص حتى توقع الناس في حرج لان الحرج مرفوض في دستور الله كما قال سبحانه وتعالى: ﴿وَمَا جَعَلَ عَلَيْكُمْ فِي الدِّينِ مِنْ حَرَجٍ﴾[١].

ومن أجل ذلك طبقوا النصوص تطبيقا محققاً للعدالة وكانوا يعمدون الى حكم منصوص فيستنبطون له العلة ليوسعوا دائرة تطبيقه ويحكمون احكاماً يخال انهم خالفوا بها حكم الله ولكنهم بثاقب نظرهم علموا ان هذا الحكم معلل بعلة فزالت فيجب ايقاف العمل به وبذلك استحدثوا لنا مبدأ عاماً وهو: (ان الحكم يدور مع علته وجودا وعدماً). واحياناً لم يطبقوا النص في مجالات تؤدي للمصلحة المتوخاة من تطبيقه الى تفويت مصلحة أهم. ومن هذا ابتكروا لنا مبدأ: (اذا تعارضت مصلحتان يؤخذ بأهمها). وكثيرا ماخصصوا النصوص العامة وقيدوا النصوص المطلقة بالمصالح العامة لانهم وعوا ان الشريعة الاسلامية اتت لتحقيق مصلحة الاسرة البشرية كما قال سبحانه وتعالى: ﴿وَمَا أَرْسَلْنَاكَ إِلَّا رَحْمَةً لِّلْعَالَمِينَ﴾[٢]. والرحمة هي المصلحة دينية كانت أودنيوية مادية أو معنوية ايجابية (منفعة مستجلبة) أوسلبية (مضرة مستدرأة) وغير ذلك من تطبيقاتهم القضائية التي عبدت الطريق أمام القضاة في الاجيال والازمنة المستقبلية وتركوا مبادىء عامة يهتدي بها القضاة في كل زمان ومكان لتحقيق العدالة واعطاء كل ذي حق حقه المشروع ومن تلك المبادىء مايأتي: -

اولاً: مبدأ عدم تقيد القاضي بحرفية النص.

لم يلزم قضاة الصحابة والتابعين أنفسهم التمسك بحرفية النص والوقوف عند المعنى الحرفي إذا كان قابلاً للاجتهاد. ومن الواضح ان القاضي يجتهد في الحالتين: -

احداهما: حالة غياب النص فاذا لم يجد القاضي نصاً خاصاً بحكم القضية المعنية به فعليه الاجتهاد للوصول الى حكم عادل مستعيناً بالمصادر التبعية.

والثانية: حالة وجود نص لاتكون دلالته على الحكم قطعية: وبناء على هذا الأساس يحمل ماورد في المادة الثانية من القانون المدني العراقي القائم (لامساغ للاجتهاد في مورد النص) على النص الذي تكون دلالته على الحكم قطعية بحيث لايحتمل حكما

---

[١] سورة الحج/اية ٧٨.

[٢] سورة الانبياء/اية ١٠٧

أثر أما إذا كان ظني الدلالة فعلى القاضي أن يجتهد فيه لتحديد حكم يكون ملاءمة، واقرب عدالة، واوفر مصلحة.

ومن التطبيقات القضائية لهذا المبدأ قضاء عمر بن الخطاب (ﷺ) وعلي بن ابي طالب (ﷺ) بتطبيق القصاص (عقوبة الاعدام) على اكثر من واحد اذا اشتركوا في قتل شخص واحد دون التقيد بحرفية قوله تعالى: ﴿وَكَتَبْنَا عَلَيْهِمْ فِيهَا أَنَّ النَّفْسَ بِالنَّفْسِ﴾[1]. لان ظاهر هذا النص يقتضي للمساواة في المعادلة بين حجم الجريمة وحجم العقوبة بحيث اذا كان للمقتول واحداً فيقتص من قاتل واحد كما ان لفظ (القصاص) ظاهر في هذه المعادلة.

ونقطة البداية في القرار للمساهمة الجنائية هي واقعة جرمية وقعت في اليمن في عهد خلافة عمر بن الخطاب (ﷺ) خلاصتها: -

أن امرأة اشتركت مع رجل كان بينهما علاقة غير مشروعة في قتل ابن زوجها من الزوجة السابقة خشية تسرب هذه العلاقة عن طريقه الى زوجها ثم انكشفت الجريمة بعد تنفيذها ورفعت القضية الى الوالي في صنعاء اليمن (يعلي بن أمية) بصفته قاضياً اضافة الى سلطته التنفيذية غير انه وقف أمام ظاهر قوله تعالى: ﴿أَنَّ النَّفْسَ بِالنَّفْسِ﴾ متردداً كيف يقضي بالاقتصاص من قاتلين والمقتول واحد ففاتح مركز الخلافة بالموضوع فتشاور عمر وعلي في الامر ثم وصل اجتهادهما الى أن التقيد بظاهر هذا النص والتمسك بحرفيته سوف يعرض حياة الابرياء للخطر لأن كل من اراد قتل شخص ياتي بآخر يشاركه في تنفيذ الجريمة حتى لايؤخذ منه القصاص ورعاية للعدالة وحماية لارواح الابرياء. أقرا معاً وجوب تطبيق حكم القصاص على أكثر من واحد اذا اشتركوا في الاعتداء على حياة وسلامة شخص واحد فأجاب الخليفة عمر واليه قائلاً مقولته المشهورة (لو تمالأ أهل صنعاء كلهم على قتل واحد لقتلتهم) وفي رواية (اقتلهم).

ثانياً: مبدأ صلاحية القاضي تخصيص عموم النص وتقييد مطلقه بالمصلحة كلما دعت العدالة الى ذلك:

لقد ادرك قضاة الصحابة ومن اتى بعدهم ان جميع الشرائع الالهية التي نزلت على الانبياء والرسل غايتها مصلحة الانسان لان الخالق الذي خلق كوناً لاتزال عقول علماء

---

[1] سورة المائدة/الاية: ٤٥.

القضاء حيارى أين يبدأ وأين ينتهي. غني مطلق عن المصالح التي تحققها هذه الشرائع وتطبيقها.

ومن هذا المنطلق تكون الغاية المتوخاة من النصوص هي العدالة ومصلحة الانسان من جلب نفع ودرء ضرر وعلى اساس هذا المبدأ فان للقاضي تخصيص النص العام وتقييد النص المطلق كلما دعت العدالة الى ذلك.

ومن التطبيقات القضائية لهذا المبدأ قيام سيدنا علي بن ابي طالب (رضي الله عنه) بتخصيص عموم قول الرسول (ﷺ) لاضمان على مؤتمن) أي لاضمان على من تكون يده يد أمانة على مال الغير مالم يكن متعدياًأومقصراً فللفظا (ضمان ومؤتمن) نكرتان واقعان في حيز النفي يفيدان العموم وفقاً للقواعد الأصولية ورغم ذلك فان علي بن أبي طالب (رضي الله عنه) خصص هذا العموم بالمصلحة وقضى بتضمين الاجير المشترك[1]، فقضى بتضمينه اذا تلف تحت يده مال من استأجره ولو لم يكن مقصراً حماية لأموال الناس والزاماً له بأن يبذل في حفظه عناية ماله الخاص أو عناية الرجل المعتاد.

ولما قيل له كيف تقضي بضمانه ويده يد أمانة وقد قال الرسول (ﷺ) (لاضمان على مؤتمن)، أجاب بمقولته المشهورة: (لا يصلح الناس إلا ذلك[2])

ثالثاً: مبدأ دوران الحكم مع علته وجوداً وعدماً

لكل تشريع باعث دافع والا لكان عبثاً والباعث الدافع لكل نص مقدم على تشريعه في التصور ومؤخر عن تطبيقه وتنفيذه في التحقق لان غاية كل شيء نتيجته وهذه النتيجة أو الغاية لها تسميات أخر منها الحكمة، والمصلحة، والعلة، فاذا تخلفت الغاية المتوخاة من تشريع نص، على القاضي ايقاف العمل به في الواقعة التي لايحقق تطبيق النص فيها غايته والعدالة المتوخاة منه لأن تطبيقه حينئذيكون من باب الخروج عن مقاصد الشارع.

---

[1] وهو الذي يعمل لاكثر من شخص واحد كالخياط والنجار والحداد والمقاول.

[2] السنن الكبرى للبيهقي: ٢٨٩/٦، في التحرير والتيسير (١٢٣/٢): وضمن ابو يوسف ومحمد الاجير المشترك فيما يمكن الاحتراز منه كالسرقة بخلاف ما اذا هلكت بالسبب الغالب وهو مالا يمكن الاحتراز عنه كالحرق والغرق والغارة العامة فانه لاضمان فيه وانما ضمناه بقول علي (رض).

ومن التطبيقات القضائية لهذا المبدأ قضاء عمر بن الخطاب في خلافة ابي بكر (ﷺ) بايقاف العمل بنص قوله تعالى: ﴿وَالْمُؤَلَّفَةِ قُلُوبُهُمْ﴾ [١] في آية تحديد أصناف المستحقين للزكاة. والمؤلفة قلوبهم كانوا ثلاثة أقسام:

قسم كانوا من المشركين الذين تضررت مصالحهم برسالة محمد (ﷺ) الداعية الى المساواة والقضاء على الظلم واستعباد الانسان لاخيه الانسان واستئصال جذور الشرك والنظام الطبقي البغيض، فحاولوا وضع العراقيل، في طريق نشر هذه الرسالة لذا خصصت لهم نسبة من موارد الزكاة لايقاف نشاطهم التخريبي ووضع حد لتحركاتهم الشريرة ضد الاسلام.

والقسم الثاني كانوا من غير المسلمين ايضاً ولكن كان في اسلامهم مصلحة فخصص لهم بعض من موارد الزكاة لاستمالة قلوبهم.

والقسم الثالث كانوا حديثي العهد بالاسلام فلم يتركز الايمان في قلوبهم بعد فأعطي لهم نصيب من الزكاة حتى يتبين الرشد لديهم من الغي.

وبعد ان تقوى مركز الاسلام وزال الخطر عليه رأى عمر بن الخطاب (ﷺ) الاستغناء عن استمالة القلوب فقضى بعدم صرف الزكاة للمؤلفة قلوبهم باقسامهم الثلاثة لان الزكاة شرعت لمكافحة الفقر وتضييق النظام الطبقي بين الغني والفقير وقد اجمع على هذا الرأي فقهاء الصحابة في عهد الخليفة الاول وبذلك اصبح حكماً مجمعاً عليه ويعتبر عمر بن الخطاب بهذا الصنيع اول شخص استحدث قاعدة (الحكم يدور مع علته وجوداً وعدماً).

رابعاً: مبدأ عدم تفويت تطبيق حكم النص لمصلحة أهم:

المصالح المتوخاة من تشريع النصوص وتطبيقها و تنفيذ احكامها منها ضرورية يؤدي تخلفها الى الاخلال بالنظام والحياة ومنها حاجية يؤدي عدم تحققها الى الحرج والضيق، ومنها كمالية تحققها من الكماليات والتحسينات وتعتبر مكملة للنوعين السابقين وبناء على هذا التفاوت في أهمية المصالح اذا حصل التعارض بينهما تقدم المصلحة الضرورية على المصلحة الحاجية كما تتقدمان على الكمالية.

والمصالح الضرورية خمس وهي مصلحة حماية الدين والحياة والعرض والمال والعقل فهي من ضروريات حياة كل مجتمع في العالم بحيث اذا اختلت واحدة منها يختل المجتمع في الحياة واذا

---

[١] في قوله تعالى: ﴿إِنَّمَا الصَّدَقَاتُ لِلْفُقَرَاءِ وَالْمَسَاكِينِ وَالْعَامِلِينَ عَلَيْهَا وَالْمُؤَلَّفَةِ قُلُوبُهُمْ وَفِي الرِّقَابِ وَالْغَارِمِينَ وَفِي سَبِيلِ اللَّهِ وَابْنِ السَّبِيلِ فَرِيضَةً مِنَ اللَّهِ وَاللَّهُ عَلِيمٌ حَكِيمٌ﴾ سورة التوبة: ٦٠.

حصل التعارض بين هذه المصالح الضرورية الخمس تقدم مصلحة حماية الدين والعرض على حماية الحياة وحمايةالحياة على حماية الاموال. ومن التطبيقات القضائية لهذا المبدأ أن عمر بن الخطاب قضى في سنة المجاعة برفع عقوبة السرقة الواردة في قوله تعالى: ﴿وَالسَّارِقُ وَالسَّارِقَةُ فَاقْطَعُوا أَيْدِيَهُمَا جَزَاءً بِمَا كَسَبَا نَكَالاً مِّنَ اللَّهِ﴾[1]. عن الذين ارتكبوا جريمة السرقة لسد حاجتهم الضرورية في المعيشة وقال في تعليل وتسبيب هذا القضاء مقولته المشهورة: (في تطبيق العقوبة حماية الاموال وفي ايقافها بالنسبة للمضطر حماية الارواح، وحماية الارواح أولى بالرعاية من حماية الاموال).

خامساً: مبدأ عدم تغيير حكم القاضي للواقعة:

في الاسلام لايعتبر حكم القاضي منشئاً لحق وانما هو كاشف ومقرر لما هو موجود في الواقع لان لله تعالى في كل تصرف من تصرفات الانسان ولكل واقعة تواجهه حكماً خاصا ان أصابه المجتهد أو القاضي فهومصيب وان لم يصبه فهو مخطئ.

وبناء على ذلك اذا كان حكم واقعة أوتصرف هو الحظر في الواقع وحكم القاضي بالجواز لو كان الامر بعكس ذلك، فان العبرة بالحكم الواقعي لانها حكم به القاضي فحكم القاضي لايحلل حراماً ولايحرم حلال سواء كان عدم اصابة القاضي للحكم الواقع بسبب خطأ في الاجتهاد او كان بسبب ماقدم اليه من الادلة الكاذبة والمستندات المزورة.

وأساس هذا المبدأ هو قول الرسول (ﷺ) في قضائه في الدعاوى التي كانت ترفع اليه (انكم تختصمون إلي ولعل بعضكم الحن[2] بحجته من بعض فاقضي له على نحو بما اسمع منه[3] فمن قطعت له من حق اخيه شيئا فلا يأخذه فانما اقطع له به قطعة من النار)[4]. فهذا الحديث يدل دلالة واضحة على ان حكم القاضي لايحل به للمحكوم له ماحكم به له على غيره اذا كان مالدعاه باطلاً في نفس الامر وما اقامه من البينة كاذباً.

---

[1] سورة المائدة- الاية: ٣٨.

[2] اللحن هو الميل من جهة الاستقامة والمراد لن بعض الخصماء يكون اعرف بالحجة وافطن لها من غيره.

[3] من الدعاوي والاجابات والبينات والايمان وقد تكون باطلة في نفس الامر فيقطع من مال اخيه قطعة من النار مايؤول اليه.

[4] لكن اذا كان المحكوم له حسن النية وجاهلاً بكذب اوتزوير البينة او لا يعرف بخطأ القاضي فانه لا يعتبر أثماً.

اما القاضي فيجوز له أن يحكم بما ظهر له، وان يجبر المحكوم عليه على هـذا الظـاهر وقبوله لتنفيذه، فالاسلام لايلزم القاضي بأن يحكم دائماً باليقين لانه لو طلب منـه الـيقين في كل شيء لتعطلت امور كثيرة ولضاعت حقوق الناس، لان الدعاوي والبينات أخبار وكل خبر يحتمل الصـدق والكذب من حيث ذاته فلايحصل بها الا الظن وهو الادراك الـراجح لـدى الانسان مع احتمال اخر مرجوح يسمى الوهم، كما يسمى ادراك طرفي القضية مـن الثبـوت وعدمه بصورة متساوية شكاً، فكما لايلزم القاضـي بالعمـل بـاليقين لايجـوز لـه أن يحكـم بالشك لان الشك يفسر لصالح المتهم.

سادساً: مبدأ المعاملة بنقيض القصد السيء:

أمر الإسلام الانسان بحسن النية في كافة تصرفاته وتعامله مع الغير وحرم الحاق الضـرر بالغير أو مقابلة ضرره بالضرر في فعله او قوله على لسـان رسـوله: (لاضـرر ولاضـرار[1]) وربط الرسول (ﷺ) العمل بالنية وجعله تابعاً لها صحة وفساداً فقال: (انما الاعمال بالنيات وانما لكل امرء مانوى) وبناء على هاتين القاعدتين أجمع فقهاء الشريعة الإسلامية على أن من طلق زوجته وهو في مرض الموت بدون طلب او تقصير منها يقع الطـلاق اذا كـان واعيـاً ولكن الزوجة ترثه معاملة معه بنقيض قصده السيء لأن طلاقه في هذا الظرف يفسـر بأنـه اراد حرمانها من الميراث.

ومن التطبيقات القضائية لهذا المبدأ قضاء سيدنا عثمـان بـن عفـان (ﷺ) في خلافتـه بتوريث تماضر زوجة عبدالرحمن بن عوف[2] حين طلقها طلاقـاً بائنـا في مـرض موتـه ثـم أصبحت هذه السابقة القضائية مصـدراًلحكم جميع الفقهاء بوقوع طلاق المريض مرض المـوت وبتوريث زوجته رغم وقوع الطلاقا بائنا معاملة بنقيض قصده السيء وهذا مالم يختلف فيـه الامن شذ لكنهم اختلفوا في تحديد المدة التي يسقط حق الزوجة في الميراث بعدها كما يأتي:

أ ـ قال الحنفية[3] ترث الزوجة اذا مات الزوج وهي لاتـزال في العـدة واذا مـات بعـدها لاترث لانقطاع العلاقة الزوجية.

---

[1] سبل السلام: ٣/١١٠.
[2] المنتقى شرح الموطأ: ٤/٨٥ ومابعدها.
[3] المبسوط للسرخسي: ٦/١٥٤ز الدر المختار وشرح تنوير الابصار مع رد المحتار: ٣/٣٨٣.

ب- وقال الجعفرية[1] ترث مالم تمض سنة على الطلاق والزوج لايزال حياً، ومالم تتزوج في حياة الزوج فاذا مات بعد مرور سنة على الطلاق أو تزوجت هي في حياة الزوج. فانها لاترث ويتفق فقهاء الحنابلة[2] مع الجعفرية في ان زواجها يسقط حقها في الميراث لانه يعتبر بمثابة التنازل عن حق الميراث.

ج- وقال المالكية[3] والاباضية[4] ترث مطلقا لان سبب الميراث ليس العلاقة الزوجية بل ماحل محلها وهي المعاملة بنقيض القصد السيء سداً للذرائع وهذا السبب لايسقط بالتقادم وهذا الرأي الاخير هو المتعين بالاخذ فما دامت علة الحكم باقية يبقى الحكم لانه يدور معها وجوداًوعدماً.

وبناء على هذا المبدأ الذي قضى به احد الخلفاء الراشدين واصبح مجمعاً عليه في عهده من الضروري اعادة النظر في الفقرة الثانية من المادة (٣٥) من قانون الاحوال الشخصية العراقي القائم التي تنص على انه (لايقع طلاق المريض مرض الموت أو في حالة يغلب في مثلها الهلاك إذا مات في ذلك المرض او تلك الحالة)، واقترح حذف الفقرة الثانية من هذه المادة للاسباب الاتية: -

١. مخالف لجميع قوانين البلاد العربية والاسلامية التي تقضي بوقوع الطلاق وميراث الزوجة.

٢. القول بعدم وقوع طلاق المريض مرض الموت حين تمتعه بالوعي الكامل والادراك التام مخالف لاجماع فقهاء المسلمين.

٣. اذا كان عدم الوقوع لعدم الادراك التام لدى الزوج فانه يكون مكرراً مع الفقرة الاولى من هذه المادة التي تنص على عدم وقوع طلاق فاقد التمييز لكبر او مرض.

٤. اذا كان الطلاق لايقع تكون عبارة (وترث زوجته) عبثاً والمفروض ان القانون لاعبث فيه.

---

[1] الكافي للكليني: ١٢٢/٦.

[2] المغني لابن قدامة: ٣٢٠/٦..

[3] المنتقى شرح موطأ الامام مالك: ٨٥/٤-٨٦.

[4] شرح النيل وشفاء العليل لمزيد من التفصيل راجع مؤلفنا سلطان الارادة في الطلاق في الشريعة الاسلامية والقانون خلال ٤٠٠٠ سنة: ٥٩/٢-٧٠.

٥. اذا كان قصد المشرع حماية حقوق الزوجة فأن الفقهاء اجمعوا على حماية هذه الحقوق.
٦. كيف يعلم القاضي مقدماً ان هذا الزوج المريض يموت في هذا المرض اليس الله قادراً على شفائه فكم من الناس اقرت اللجان الطبية حتمية موتهم خلال فترة وجيزة ثم عاشوا بعد ذلك سنوات. وبناء على هذه الفقرة فان الزوجة تبقى في المدة الواقعة بين حكم القاضي وبين موت الزوج في حالة من الزوجية واللازوجية فأذا مات في هذا المرض يكون حكمه صائباً والا فيكون مخالفاً للواقع لان الطلاق لم يكن في مرض الموت حتى يحكم بعدم وقوعه.

سابعاً: مبدأ تغير الاحكام بتغير الازمان:

من الضروري ان يكون القاضي عالماً بالظروف التي كانت محيطة بتشريع النص حتى يقارنها بظروف تطبيقه بحيث اذا وجدها حين التطبيق قد طرأ عليها تغيير يخصص النص ان كان عاماً ويقيده ان كان مطلقاً ويؤوله اذا كان قابلاً للتأويل لانه في حالة غياب هذه الموازنة قد يحكم القاضي بما يخالف العدالة فيلحق الحرج والعسر بالمجتمع وهما مرفوضان بقوله تعالى: ﴿وَمَا جَعَلَ عَلَيْكُمْ فِي الدِّينِ مِنْ حَرَجٍ﴾[١]. وقوله: ﴿يُرِيدُ اللَّهُ بِكُمُ الْيُسْرَ وَلاَ يُرِيدُ بِكُمُ الْعُسْرَ﴾[٢]. ومن التطبيقات القضائية لهذا المبدأ: ان اسعار المواد والحاجيات في المدينة المنورة ارتفعت وغلت فذهب وفد الى الرسول (ﷺ) فقالوا يارسول الله غلا السعر في المدينة فسعر لنا فامتنع الرسول عن الحكم بالتسعير واعتبره ظلماً مخالفاً للعدالة لأن سبب ذلك الغلاء أو ارتفاع الاسعار كان قلة الانتاج وكان راجعاً الى قانون العرض والطلب فكان الطلب اكثر من العرض فقال الرسول (ﷺ): (ان الله هو المسعر القابض الباسط الرازق اني لارجو ان ألقى الله وليس احد منكم يطلبني بمظلمة في دم أو مال)[٣]. ولذلك اعتبرت التسعيرة في ظل تلك الظروف مظلمة مضرة بحق التجار والباعة.

ولما تغيرت تلك الظروف في عهد فقهاء التابعين وتبدلت النفوس ومالت الى الجشع والاستغلال والاحتكار وكسب الربح على حساب المستهلك قضى قضاة وفقهاء التابعين بالتسعير رفعاً للحرج والضيق ومن هؤلاء سعيد بن المسيب وربيعة بن عبدالرحمن ويحيى

---

[١] سورة الحج/اية ٧٨.
[٢] سورة البقرة /١٨٥.
[٣] نيل الاوطار للشوكاني: ٥/٢٣.

الانصاري وغيرهم مع ان المنطوق الصريح للحديث المذكور هو ان التسعيرة مظلمة بحق التجار والباعة ورغم ذلك فانه لاتناقض بين حكم الرسول (ﷺ) بعدم التسعير وبين حكم قضاة التابعين له لان لكل واحد من الحكمين ظرفاًخاصاً ووضعاً مختلفاً.

ثامناً: مبدأ عدم صلاحية القاضي في استحداث الجريمة والعقوبة:

لخطورة منصب القضاء لم يعرف منذ صدر الإسلام الى أواخر عهد العباسيين ان يتولى هذا المنصب الا من كان مجتهداً واصلاً للاجتهاد وعلى الرغم من هذه المكانة العلمية لم يمنح له سلطة التجريم ولا استحداث العقوبة بصفته قاضياً وانما كانت هذه السلطة حصراً فيمن له الولاية الفعلية على المسلمين بتعاون مع اهل الشورى ذلك لان الشريعة الإسلامية اول شريعة نادت بمبدأ الشرعية: (مبدأ لا جريمة ولاعقوبة الابناء على نص) وقد نص القران الكريم على هذا المبدأ في آيات كثيرة منها قوله تعالى: ﴿وَمَا كُنَّا مُعَذِّبِينَ حَتَّى نَبْعَثَ رَسُولاً﴾[١].

فلا عذاب ولاعقاب الابعد ارسال الرسل وتبليغ الناس بما هو جائز وماهو محظور.

وعدم العذاب او العقاب يستلزم عدم المسؤولية الجزائية. ومنها قوله تعالى: ﴿وَمَا كَانَ رَبُّكَ مُهْلِكَ الْقُرَى حَتَّى يَبْعَثَ فِي أُمِّهَا رَسُولاً يَتْلُو عَلَيْهِمْ آيَاتِنَا﴾[٢]. فهذه الآية تدل على ان الجهل عذر بدليل قوله تعالى﴿يَتْلُو عَلَيْهِمْ آيَاتِنَا﴾ أي ان مجرد ارسال الرسل وانزال الشرع لايكفي لاقرار المسؤولية الجزائية لمن يرتكب ما حرمه الشرع وهو لم يبلغ بعد ما لم يكن مقصراً في عدم التبليغ وعدم العلم.

ويستثنى من مبدأ الشرعية الايمان بالله فهو واجب على الانسان عقلاً قبل ان يكون واجباً شرعاً فعلى كل انسان بالغ عاقل ان يستدل بالبرهان الآني أي بالاثر على وجود المؤثر للايمان بالله لانه لوكان الايمان بالله متوقفاً على الايمان بالشرع للزمت المصادرة على المطلوب (الاستحالة المنطقية) لان الايمان بالشرع لايكون الابعد الايمان بالله فلو توقف الايمان بالله على الشرع للزم توقف الشيء على مايتوقف عليه وهو يستلزم توقف الشيء على نفسه المستلزم لتقدم الشيء على نفسه والألزام باطل وكذلك الملزوم.

---

[١] سورة الاسراء/الاية: ١٥.

[٢] سورة القصص/الاية ٥٩.

تاسعاً: مبدأ البراءة الاصلية:

اجمع علماء المسلمين على ان الاصل في الانسان براءة ذمته ذلك لان الانسان يولد وذمته بريئة من كل التزام مدني أو جنائي وله قبل ولادته أهلية الوجوب الناقصة وهي الصلاحية لان يكون له بعض الحقوق ويكتسب بعد الولادة اهلية الوجوب الكاملة (له بعض الحقوق وعليه بعض الالتزامات المالية) ومع ذلك فان الأصل هو براءة ذمته من جميع الالتزامات المدنية والجزائية حتى يثبت خلاف ذلك فعلى القاضي ان يتعامل مع المدعي عليه على اساس هذا المبدأ وان يعده بريئا عن كل تهمة وجهت إليه حتى يثبت خلاف ذلك وتثبت إدانته.

ومصدر هذا المبدأ هو القرآن الكريم والسنة النبوية والقواعد الفقهية الكلية والعقل السليم:

١- القرآن الكريم:

نص القرآن الكريم في آيات كثيرة على براءة ذمة الأنسان من الألتزامات الجزائية وعدم مسؤوليته حتى بعد إرتكاب الجريمة ما لم يكن مبلغا بنصوص التجريم والعقاب لأن القرآن أول شريعة أقرت مبدأ الشرعية: (لا جريمة ولا عقوبة إلا بنص) ومن الأيات الدالة على هذا المبدأ قوله تعالى: ﴿وَمَا كُنَّا مُعَذِّبِينَ حَتَّى نَبْعَثَ رَسُولاً﴾ وقوله: ﴿وَمَا كَانَ رَبُّكَ مُهْلِكَ الْقُرَى حَتَّى يَبْعَثَ فِي أُمِّهَا رَسُولاً يَتْلُو عَلَيْهِمْ آيَاتِنَا﴾.

٢- السنة النبوية:

من تتبع المراجع المعتمدة من كتب الأحاديث النبوية وجد كثيرا من أقوال وأفعال الرسول تدل صراحة على البراءة الأصلية لذمة الأنسان منه قوله: (إدرؤوا الحدود بالشبهات) [١]، وقوله: (لو كنت راجما احدا بغير بينة لرجمت فلانه فقد ظهر منها الريبة في منطقها وهيئتها ومن يدخل عليها) [٢]، وقوله: (البينة على من إدعى واليمين على من أنكر)، و قوله: (لو يعطي الناس بدعواهم لأدعى ناس دماء رجال واموالهم ولكن اليمين على المدعى عليه) [٣].

---

[١] وفي رواية: (إدفعوا الحدود ما وجدتم لها مدفعا) رواه إبن ماجه / نيل الأوطار: ٧ /١١٧

[٢] رواه إبن ماجه –نيل الأوطار: ١١٧/٧

[٣] صحيح مسلم: ٣/ ١٣٣٦.

٣- القواعد الفقهية العامة منها:

أ- الأصل بقاء ما كان على ما كان[١].

ب- القديم يترك على قدمه[٢].

ج- الأصل في الصفات العارضة العدم[٣].

د- ما ثبت بزمان يحكم ببقائه ما لم يوجد دليل على خلافه[٤].

٤- العقل السليم:

يقضي العقل السليم بأن كل حادث مسبوق بالعدم لأن الحادث يعني الوجود بعد العدم ومن الواضح ان التهم التي توجه إلى الأنسان وان مطالبته بالألتزامات المدنية والجزائية وأسبابها ومصادرها كلها أمور مستحدثة وجدت بعد ان لم تكن فعليه تكون ذمة الأنسان بريئة منها حتى يثبت خلاف ذلك ومن يدعي خلاف هذا الأصل فعليه البينة وعلى من ينكرها اليمين لأنه مع الأصل.

ونستنتج مما ذكرنا ان المبدأ الذي يجب على القاضي رعايته هو ان الأصل برأة الذمة من كل تهمة مدنية أو جزائية تنسب إلى الأنسان.

وأكتفي بهذا القدر من المبادىء العامة الكثيرة التي تستنج من النصوص الشرعية و من التطبيقات القضائية لفقهاء المسلمين منذ صدر الأسلام والتي هي ضمانات كافية لتحقيق العدالة في القضاء وأخذ كل ذي حق حقه.

---

[١] مجلة الأحكام العدلية م/٥

[٢] مجلة الأحكام العدلية م/٦

[٣] مجلة الأحكام العدلية م/٩

[٤] مجلة الأحكام العدلية م/ ١٠

المبحث الثاني

آداب القضاء في رسالة عمر بن الخطاب

هذه الرسالة التي بعثها عمر بن الخطاب (ﷺ) الى القاضي ابي موسى الاشعري (ﷺ) وردت بعبارات مختلفة وبتقديم وتأخير بعض الجمل على بعضها في المراجع التي اطلعت عليها[١] واعتمدت كتاب ابن القيم لتاخره في الزمن واطلاعه على المراجع السابقة وفيما يلي نص الرسالة:

(اما بعد فان القضاء فريضة محكمة وسنة متبعة، فافهم اذا ادلي إليك، فإنه لا ينفع تكلم بحق لا نفاذ له، آس الناس في مجلسك وفي وجهك وقضائك، حتى لا يطمع شريف[٢] في حيفك[٣] ولا ييأس ضعيف من عدلك البينة على المدعي واليمين على من انكر. والصلح جائز بين المسلمين إلا صلحا احل حراما او حرم حلالا. ومن إدعى حقا غائبا او بينة فاضرب له امدا ينتهي اليه فان بينه اعطيته حقه وان اعجزه ذلك استحللت عليه القضية فان ذلك هو ابلغ في العذر للعماء.[٤] ولا يمنعك قضاء. قضيته فيه اليوم فراجعت فيه رأيك فهديت فيه لرشدك ان تراجع فيه الحق فان الحق قديم لايبطله شيء، ومراجعة الحق خير من التمادي في الباطل والمسلمون عدول بعضهم على بعض إلا مجربا عليه شهادة زور او مجلودا في حد او ظنينا في ولاء او قرابة فان الله تعالى تولى من العباد السرائر وستر عليهم الحدود إلا بالبينات أوالأيمان ثم الفهم الفهم فيما ادلي إليك مما ورد عليك مما ليس في قرآن ولا سنة،

---

[١] منها بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع للكاساني (العلامة الفقيه علاءالدين ابي بكر مسعود الكاساني الحنفي ت ٥٨٧ هـ) مطبعة الأمام القاهرة٩/٤٠٩٣ ومنها اعلام الموقعين عن رب العالمين لأبن قيم الجوزية (شمس الدين ابي عبدالله محمد بن ابي بكر ت ٧٥١ هـ) مكتبة الكليات الأزهرية ١ /٨٥ –٨٦

[٢] كان هذا المصطلح يطلق سابقا على القوي سواء كان شريفا او لا

[٣] اي في ظلمك وجورك

[٤] في بعض المراجع للعمي

ثم قايس الأمور عند ذلك واعرف الأمثال ثم اعمد[1] فيما ترى الى احبها الى الله واشبهها بالحق.

وإياك[2] والغضب والقلق والضجر والتأذي بالناس والتنكر عند الخصومة (او الخصوم) فان القضاء في مواطن الحق فيما يوجب الله به الأجر ويحسن به الذكر فمن خلصت نيته في الحق ولو على نفسه كفاه الله ما بينه وبين الناس ومن تزين بما ليس في نفسه شانه الله فان الله تعالى لا يقبل من العباد إلا ما كان خالصا فما ظنك بثواب عند الله في عاجل رزقه وخزائن رحمته والسلام عليك ورحمة الله)

اهم الآداب التي تستنتج من هذه الرسالة ما يلي: -

بعد ان بين سيدنا عمر بن الخطاب (ﷺ) أهمية القضاء و عدها ضرورة من ضروريات الحياة وفريضة من الفرائض التي لاتقبل النسخ والالغاء في كل زمان ومكان، و سنة من سنن الحياة اكدها الرسول (ﷺ) في اقواله وافعاله وقضائه اشار الى بعض الآداب على القاضي ان يلتزم بها في قضائه حتى يأتي الحكم عادلا.

من اهم تلك الآداب: -

١- على القاضي ان يفهم ويستوعب مضامين جميع المعلومات التي تقدم له فيما يتعلق بموضوع الدعوة التي ينظر فيها من مسموع او مقروء او مرئي حتى يستمد منها قدرة التمييز بين الحق والباطل.

٢- يجب ان يتسم حكم القاضي بالقوة الملزمة تلزم اطراف الخصومة بما يحكم به وبالخضوع له وان يحرص القاضي على تنفيذه لأنه لاينفع تكلم بحكم لانفاذ له وبهذه الميزة يتميز الحكم القضائي من اجتهاد المجتهد وافتاء المفتي ومن هذا المنطلق قال علماء اصول الفقه: - ان حكم القاضي يرفع الخلاف في المسائل الخلافية ويجب ان يعمل بالرأي الذي يتم حكم القاضي في ضوئه.

٣- يجب على القاضي أن يؤمن المساواة بين جميع أطراف النزاع والخصومة وأن لاينحاز ظاهرا وباطنا الى طرف دون الاخر في حكمه وتعامله معهم من رفع الدعوى الى النطق بالحكم لان الانحياز الى أحد الاطراف وحده خيانة في أمانة أمر الله بأدائها أمر

---

[1] اي رجع

[2] اي احذر

وجوب وحتم والزام فقال سبحانه وتعالى: ﴿إِنَّ اللَّهَ يَأْمُرُكُمْ أَن تُؤَدُّواْ الأَمَانَاتِ إِلَى أَهْلِهَا﴾.[1]

٤- على القاضي أن يطلب من المدعي اثبات المدعى به ببينة مقبولة شرعا وقانونا لانه يدعي خلاف الاصل فالاصل براءة الذمة من كل إلتزام جزائي أو مدني لانه يولد وذمته بريئة من تلك الالتزامات فعلى القاضي أن يعتبره أنه لايزال بريئا حتى يثبت خلاف ذلك ومن هذا المنطلق جاءت قاعدة (المتهم بريء حتى تثبت إدانته) وقاعدة (يفسر الشك لمصلحة المدين).

وبالنسبة للمدعى عليه يكتفى بيمينه اذا عجز المدعى من إثبات دعواه بالبينة لانه مع الأصل (براءة الذمة) وتشتمل البينة الشهادة وكل طريقة أخرى من شانها ان تثبت الحق المدعى به وبوجه خاص الطرق العلمية الحديثة التي تكتشف بها الجريمة عن طريق أثارها كما بينا في البرهان الاني.

ونصاب شهادة الزنا أربع شهادات من رجال ثقة والعدل والسر في ذلك ستر أعراض الناس وحفظ سمعتهم قدر الامكان في الجرائم الاخلاقية. أما الجرائم الاخرى كالسرقة والقتل ونحوهما فيكتفى فيها بشهادة رجلين أو رجل وإمرأتين. وهذا التعادل ليس لنقص النساء وإنما لأنهن يتعرضن أكثر من الرجال للنسيان لكثرة إنشغالهن داخل البيت بالالتزامات البيتية والتربوية وفي خارج البيت بالالتزامات الاجتماعية قال تعالى: ﴿فَإِن لَّمْ يَكُونَا رَجُلَيْنِ فَرَجُلٌ وَامْرَأَتَانِ مِمَّن تَرْضَوْنَ مِنَ الشُّهَدَاء أَن تَضِلَّ إْحْدَاهُمَا فَتُذَكِّرَ إِحْدَاهُمَا الأُخْرَى﴾[2].

وجدير بالذكر ان هناك أمورا تثبت بشهادة إمرأة واحدة بينما لاتثبت بشهادة رجل واحد كما في القضايا النسائية.

ويكتفى بشهادة شاهد واحد ويمين المدعي في القضايا المالية.

٥- على القاضي أن يعرض على الخصمين الصلح[3] وهوالتراضي على قدر متفق عليه بعد تنازل كل من الطرفين من بعض مايدعيه على الاخر قال تعالى: ﴿وَالصُّلْحُ خَيْرٌ﴾ لكن

---

[1] سورة النساء/٥٨

[2] سورة البقرة/٢٨٢.

[3] في صحيح مسلم ١٣٤٥/٣: تحت عنوان باب استحباب لصلاح الحاكم بين الخصمين اشترى رجل من رجل عقارا له فوجد الرجل الذي اشترى العقار في عقاره جرة فيها ذهب فقال له الذي

يجب أن يكون محل الصلح حقا خاصا أو حقا مشتركا يكون الحق الخاص فيه هو الغالب كحق القصاص.

أما اذا كان محل الصلح حقا عاما أو حقا مشتركا بين الخاص والعام وكان العام هو الغالب كالعقوبات فلا يجوز الصلح كما لايجوز اذا أحل حراما أو حرم حلالا.

٦- سلطة القاضي في تأجيل الحكم: - من أدعى حقا غائبا أوبينة غير متوفرة حين النظر في الدعوى وطلب من القاضي تأجيل النظر في الدعوى الى حين إحضار متطلبات الحكم فعليه استجابة هذا الطلب لانه لو عجل عليه بالحكم بطل حقه وهذا يتنافى مع العدالة.

وتقدير مدة التأجيل يخضع لسلطة القاضي التقديرية ولطبيعة الموضوع.

٧- على القاضي ان يتراجع عن إجتهاده السابق اذا تبين له ان العدالة في اجتهاد جديد وحكم جديد وهذا ماطبقه سيدنا عمر بن الخطاب (ﷺ) على نفسه في مسالة ميراثية حين توفيت امرأة وأنحصرت ورثتها في زوج وأم واخوة من الأم واخوة وأخوات من الأبوين.

فاعطى الزوج نصف التركة لعدم وجود فرع وارث، والأم سدسها لتعدد الاخوة والاخوات، والاخوة من الام ثلثها لانهم أكثر من واحد فقال تعالى: ﴿وَإِن كَانَ رَجُلٌ يُورَثُ كَلاَلَةً[1] أَو امْرَأَةٌ وَلَهُ أَخٌ أَوْ أُخْتٌ[2] فَلِكُلِّ وَاحِدٍ مِّنْهُمَا السُّدُسُ فَإِن كَانُواْ أَكْثَرَ مِن ذَلِكَ فَهُمْ شُرَكَاء فِي الثُّلُثِ﴾[3]. فاستغرقت الورثة من أصحاب الفروض كل التركة وحجب الاخوة والاخوات من الابوين منها لأنهم عصبة[4] والعصبة سواء كان لذاته أو لغيره يأخذ مايبقى بعد إخراج

المشترى للعقار خذ ذهبك مني انما اشتريت منك الارض ولم ابتع منك الذهب فقال الذي شرى (اي باع) الأرض انما بعتك الارض وما فيها قال فتحاكما الى رجل فقال الذي تحاكما اليه ألكما ولد فقال احدهما لي غلام وقال الاخر لي جارية قال انكحوا الغلام الجارية وانفقوا على انفسكما منه وتصدقا.

[1] اي من يرث لا من جهة الابوة ولامن جهة البنوة.

[2] أي من الام لان الاخوة والاخوات من الابوين أو من الاب سبق بيان إرثهم في أية سابقة.

[3] سورة النساء/١٢

[4] العصبة هو كل ذكرينتمي الى المورث مباشرة كالابن أوعن طريق ذكر أخر كابن الابن وهذا النوع يسمى العصبة، أما العصبة لغيره كالبنت اذا اجتمعت مع الابن وكالاخ الشقيق أو من الاب اذا اجتمع مع الاخت الشقيقة والاخ من الاب.

أنصباء أصحاب الفروض. وقد تكررت هذه المسألة في السنة التالية من خلافة سيدنا عمر فأراد أن يحكم بحكمه السابق فقال له أحد العصبة هب[١] أن أبانا كان حجراً ألسنا شركاء في الأم مع الاخوة من الأم[٢] وقال الاخر أنا لرمي هذا الاب في البحر اذا كان سببا لحرماني من الميراث[٣] فوجد عمر بن الخطاب ان العدالة في تشريكهم مع الاخوة والاخوات من الام في حصتهم والثلث فحكم بالتشريك لذا عرفت هذه المسألة (بالمشركة).

٨-أهلية الشهادة: - على القاضي ان يرفض قبول شهادة كل من لايكون أهلاً لها كأن يكون معروفا بشاهد الزور أوكان معاقبا على جريمة ارتكبها سابقا أو كان ظنينا أي متهما بالانحياز كأن يكون ولدا أو والداً أو أخا أو أحد الزوجين للمشهود له ونحو ذلك ممن يتهم بالانحياز في شهادته.

وجدير بالذكر أن مثل هذه الشهادة التي هي محل تهمة الانحياز كان مقبولا عند السلف الصالح فلما تغيرت النفوس وتغلبت النزعة المادية على النزعة الروحية أفتى الفقهاء بان على القاضي أن يرفض كل شهادة فيها شائبة تهمة الانحياز[٤].

٩- على القاضي أن يلجأ الى الاجتهاد في حالة عدم وجود النص أو كون النص غير عادل بالنسبة للموضوع في القضايا المدنية أما في الجزائية فعليه التقيد بمبدأ الشرعية (لاجريمة ولاعقوبة إلا بنص).

١٠- على القاضي أن يستخدم القياس في غير القضايا الجزائية في حالات غياب النص أو عدم عدالته.

وقد اختلف علماء المسلمين من الاصوليين والفقهاء في حجة القياس بين قابل ورافض وهناك مساحات واسعة في كتب أصول الفقه خصصت لاستعراض هذا الخلاف ومنها كتاب إعلام الموقعين لابن قيم الجوزية[٥]، الذي خصص لعرض الخلاف في حجية القياس (ص١٣٠-٣٣٧) أي (٢٠٧) صحيفة ومع تقديري لمكانة ابن القيم فان هذا الصنيع من باب ضياع العمر وضياع الوقت فالبحث عن القياس لايحتاج الى اكثر من صحيفة واحدة لان الخلاف في

---

[١] أي افترض
[٢] لذا سميت هذه المسألة (الحجرية).
[٣] لذا سميت المسألة (يمية)، واليم: البحر.
[٤] أعلام الموقعين /المرجع السابق/١/١١٢.
[٥] الجزء الاول.

حجية القياس خلاف لفظي وعقيم ولاتترتب عليه أي ثمرة نافعة فمن أنكر حجيته أراد به القياس المنشيء للاحكام وأما الذي دافع عن حجيته فيجب عليه ان يقصد به القياس الكاشف للاحكام لانه وسيلة مهمة لهذا الاكتشاف عن طريق ارجاع الجزئيات الى كلياتها المعقولة المعاني[١]. كارجاع كل عملة ورقية أو معدنية متداولة في العالم الى الذهب والفضة في قوله تعالى: ﴿وَالَّذِينَ يَكْنِزُونَ الذَّهَبَ وَالْفِضَّةَ وَلاَ يُنفِقُونَهَا فِي سَبِيلِ اللَّهِ فَبَشِّرْهُم بِعَذَابٍ أَلِيمٍ﴾[٢]. فيجب الحكم بوجوب كل مايجب في الذهب والفضة كالزكاة في العملة المتداولة في كل زمان ومكان. وبتحريم ماهومحرم فيهما في غيرهما كالربا وانكار حجية القياس كوسيلة لاكتشاف الاحكام من قبيل الجدل وإنكار البديهيات[٣].

١١- على القاضي ان لايكون أثناء المحاكمة والمرافعة ضجراً (منزعجا) وقلقا حتى لايكون ذلك على حساب عدالة الحكم لأن القاضي في مثل هذه الحالات لايأخذ الصبر ولايتعمق في تفكيره واستنتاجه مما قدم له من المعلومات.

على القاضي ان لايكون أثناء المحاكمة غضبان ومتوتر الاعصاب لقول الرسول (ﷺ): ((لايحكم احد بين اثنين وهو غضبان)) [٤] ولان الغضب يفوت عليه فرصة التفكر في كسب المجهول المطلوب (الحكم العادل) من المعلومات المتوفرة لديه مما يتعلق بموضوع الدعوى التي ينظر فيها.

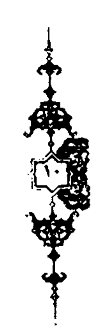
---

[١] أي الكليات التي تعرف علل أحكامها.

[٢] سورة التوبة /الآية ٣٤.

[٣] والدليل على أن القياس دليل كاشف هو أن حكم المقيس نفس حكم المقيس عليه المدلول عليه بالنص.

[٤] صحيح مسلم/٣/١٣٤٢/رقم الحديث ١٧١٧.



الفصل العاشر

ضمانات المتهم والحصانة

توزع دراسة هذا الموضوع على مبحثين يخصص الأول لضمانات المتهم والثاني للحصانة.



المبحث الأول

ضمانات المتهم

احاطت الشريعة الأسلامية المتهم بضمانات لو روعيت لما أصيب احد في عالم القضاء بما يتنافى مع العدالة، ومن تلك الضمانات[1]:

اولاً: مبدأ الشرعية: (لا جريمة ولا عقوبة إلا بنص) أي لاتجوز العقوبة إلا على الفعل الذي يعتبره القانون جريمة وقت إقترافه ولايجوز تطبيق عقوبة أشد من العقوبة النافذة وقت إرتكاب الفعل الجرمي، فيجب ان يعلم كل فرد مقدما ما هو محظور عليه من الأعمال والتصرفات حتى يكون على بينة من ان ما عداه مباح له على اساس القاعدة: (الأصل في الأشياء النافعة الأباحة)، فالقاضي لايملك سلطة إستحداث الجريمة ولا إستحداث العقوبة.

وجدير بالذكر أنه لم يعرف القانون هذا المبدأ إلابعد الثورة الفرنسية والاعلان الفرنسي لحقوق الانسان الصادر في العام ١٧٨٩، حيث نصت المادة السابعة منه على مبدأ اساسي وهو انه لايجوز إتهام الفرد او توقيفه او سجنه إلا في الحالات التي يحظرها القانون و وفقاً للأصول التي يحددها[2].

ثم أقره اعلان حقوق الانسان لسنة ١٩٤٨ في المادة (١١) منه والأتفاقية الدولية الخاصة بالحقوق المدنية والسياسية للانسان لسنة ١٩٦٦ في المادة (١٥) منها كما نصت عليه الدساتير الوضعية منها الدستور العراقي المؤقت م/٢٠ و م /٢١ [3].

---

[1] ألقينا هذه المحاضرة في المعهد القضائي بناء على طلب قاض امريكي كلف بدراسة مشاكل القضاء في العراق وبحضور طلاب السنة الأولى والثانية للمعهد القضائي وجماعة من القضاة والأساتذة يوم ٢٠٠٣/٧/٨.

[2] الحريات العامة وحقوق الانسان للدكتور محمد سعيد مجذوب: ص ٥١

[3] وقد نصت المادة (٢٠) من دستور ٢٩/نيسان/١٩٦٤ على انه: (لا جريمة ولاعقوبة إلابناء على قانون ولاعقاب إلا على الأفعال اللاحقة لصدور القانون الذي ينص عليها) وقد نص الدستور المذكور في المادة (٢١) على ان: (العقوبة شخصية).

وقد سبقت الشريعة الإسلامية على هذه القوانين والاعلانات والدساتير بمئات السنين في إقرار هذا المبدأ في قوله تعالى: ﴿وَمَا كُنَّا مُعَذِّبِينَ حَتَّى نَبْعَثَ رَسُولاً﴾ [١].

ثانياً: مبدأ شخصية الجريمة: أي لا يسأل جزائياً ولا يعاقب كل انسان إلا على فعله الشخصي فلا يجوز مساءلة شخص على فعل إرتكبه غيره من اسرته او غيرها، ولأهمية هذا للبدأ نص عليه القرآن في خمس سور فقال في سورة الأنعام[٢]: ﴿وَلاَ تَكْسِبُ كُلُّ نَفْسٍ إلاَّ عَلَيْهَا وَلاَ تَزِرُ وَازِرَةٌ وِزْرَ أُخْرَى﴾ اي كل من عمل عملاً جرميا هو وحده يتحمل تبعاته ونتائجه ولاتتحمل أية نفس مسؤولية جريمة نفس اخرى أياً كانت الصلة بينهما.

وقال في سورة الأسراء[٣]: ﴿مَّنِ اهْتَدَى فَإِنَّمَا يَهْتَدي لِنَفْسِهِ وَمَن ضَلَّ فَإِنَّمَا يَضِلُّ عَلَيْهَا وَلاَ تَزِرُ وَازِرَةٌ وِزْرَ أُخْرَى﴾ أي من أنحرف الى السلوك الاجرامي هونفسه يتحمل نتائجه وقال في سورة فاطر[٤]: ﴿وَلاَ تَزِرُ وَازِرَةٌ وِزْرَ أُخْرَى﴾﴾ وقال في سورة الزمر[٥]: ﴿وَلاَ تَزِرُ وَازِرَةٌ وِزْرَ أُخْرَى﴾ وقال في سورة النجم[٦]: ﴿ألاَّ تَزِرُ وَازِرَةٌ وِزْرَ أُخْرَى﴾.

ثالثاً: مبدأ عدم رجعية القانون: فكل من إرتكب فعلاً قبل ان يجرمه القانون ويعتبره محظورا لايسأل عنه لا جزائياً ولامدنياً، ولأهمية هذا للبدأ نص عليه القرآن في اربع آيات، فقال في سورة النساء[٧]: ﴿وَلاَ تَنكِحُواْ مَا نَكَحَ آبَاؤُكُم مِّنَ النِّسَاء إلاَّ مَا قَدْ سَلَفَ﴾ فكانت العادة السائدة في المجتمعات العربية ان للأبن ان يتزوج زوجة ابيه (غيرالام) بعد وفاته بإعتبار انها كجزء من التركة، فحرمه القرآن واعتبره جريمة لكن قال لايسأل جزائياً من ارتكبها قبل التحريم، وقال أيضا في سورة النساء [٨]: ﴿وَأَن تَجْمَعُواْ بَيْنَ الأُخْتَيْنِ إلاَّ مَا قَدْ سَلَفَ﴾ فحرم القرآن الجمع بين الأختين في الزواج، وقال

---

[١] سورة الإسراء–الآية ١٥.
[٢] الآية: ١٦٤
[٣] الآية ١٥
[٤] الآية ١٨
[٥] الآية ٧
[٦] الآية ٣٨
[٧] الآية ٢٢
[٨] الآية ٢٣

في سورة المائدة[١]: ﴿عَفَا اللَّهُ عَمَّا سَلَفَ وَمَنْ عَادَ فَيَنتَقِمُ اللَّهُ مِنْهُ﴾، وقال في سورة الأنفال[٢]: ﴿قُل لِّلَّذِينَ كَفَرُواْ إِن يَنتَهُواْ يُغَفَرْ لَهُم مَّا قَدْ سَلَفَ﴾.

رابعاً: مبدأ الأصل براءة الذمة: فكل انسان حين يولد تكون ذمته بريئة من كل التزام جنائي ومدني وإذا نسبت إليه في حالة بلوغه سن الرشد تهمة جنائية او مدنية فعلى القاضي ان يعتبره انه لايزال هو ذلك البريء حتى تثبت ادانته، وهذه القاعدة الأصولية اقرها علماء اصول الفقه منذ صدر الإسلام واخذ منها القانون قاعدة: (المتهم بريء حتى تثبت إدانته) [٣].

وقد اخذ علماء الإسلام هذه القاعدة من نصوص القرآن، منها قوله تعالى في سورة الحجرات[٤]: ﴿يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا اجْتَنِبُوا كَثِيراً مِّنَ الظَّنِّ إِنَّ بَعْضَ الظَّنِّ إِثْمٌ﴾، وقال في سورة النجم[٥]: ﴿وَإِنَّ الظَّنَّ لَا يُغْنِي مِنَ الْحَقِّ شَيْئاً﴾.

خامساً: مبدأ إعتبار الجهل بالقانون عذراً مانعاً من المسؤولية الجزائية: وهذا ما نص عليه القرآن الكريم في قوله تعالى في سورة القصص[٦]: ﴿وَمَا كَانَ رَبُّكَ مُهْلِكَ الْقُرَى حَتَّى يَبْعَثَ فِي أُمِّهَا رَسُولاً يَتْلُو عَلَيْهِمْ آيَاتِنَا﴾ وهذه الاية تدل على ان الانسان ليس مسؤولا عن اي عمل جرمي يرتكبه اذا لم يبلغ بتجريمه من قبل رسول بدليل قوله تعالى: ﴿يَتْلُو عَلَيْهِمْ آيَاتِنَا﴾ بينما القانون لا يعتبرهذا الجهل عذراً بعد نشره في الوسائل الاعلامية الرسمية إلا ما يستثنى بالقانون.

سادساً: مبدأ عدم الأخذ بإخبار المخبر إلا بعد التأكد من صحته: ولايجوز إتخاذ أي إجراء قضائي ضد المتهم بناءً على إخبار المخبر الا بعد ان يتأكد قاضي التحقيق من صحة الخبر وذلك إستبعاداً من ايذاء بريء والندم الذي لايمكن تداركه بعد فوات الاوان، قال القرآن في سورة الحجرات[٧]: ﴿يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا إِن جَاءكُمْ فَاسِقٌ بِنَبَأٍ فَتَبَيَّنُوا أَن تُصِيبُوا قَوْماً بِجَهَالَةٍ فَتُصْبِحُوا عَلَى مَا فَعَلْتُمْ نَادِمِينَ﴾.

---

[١] الآية ٩٥

[٢] الآية ٣٨

[٣] ونصت المادة (٢٣) من الدستور المذكور على ان (المتهم بريء حتى تثبت إدانته).

[٤] الآية ١٢

[٥] الاية ٢٨

[٦] الاية ٥٩

[٧] الاية ٦

سابعاً: مبدأ معاقبة من يقذف غيره بتهمة أخلاقية (جريمة الزنا) إذا لم يثبت هذه التهمة امام القضاء بأربعة شهداء: قال القرآن في سورة النور[1]: ﴿وَالَّذِينَ يَرْمُونَ الْمُحْصَنَاتِ[2] ثُمَّ لَمْ يَأْتُوا بِأَرْبَعَةِ شُهَدَاءَ فَاجْلِدُوهُمْ ثَمَانِينَ جَلْدَةً وَلَا تَقْبَلُوا لَهُمْ شَهَادَةً أَبَداً وَأُولَئِكَ هُمُ الْفَاسِقُونَ﴾. فهذه الاية اقرت ثلاث عقوبات لكل من يتهم الغير بتهمة اخلاقية ولايستطيع اثباتها عليه بشهود اربعة، العقوبة الاولى بدنية وهي ثمانون جلدة والثانية والثالثة نفسيتان وهما اسقاط شخصية هذا الشخص بعدم قبول شهادته امام القضاء والثانية وصفه بوصمة عار الفسق.

ثامناً: تشديد اثبات جريمة الزنا: فهي لاتثبت الا باربعة شهود من الرجال العادلين بحيث لايحدث أي خلاف بين افاداتهم وقد نص القرآن على ذلك في سورة النور[3]: ﴿لَوْلَا جَاءُوا عَلَيْهِ بِأَرْبَعَةِ شُهَدَاءَ فَإِذْ لَمْ يَأْتُوا بِالشُّهَدَاءِ فَأُولَئِكَ عِنْدَ اللَّهِ هُمُ الْكَاذِبُونَ﴾ ولذلك لم تثبت هذه الجريمة في تأريخ الاسلام الا باقرار الجاني في عهد الرسالة حيث طبقت عقوبة هذه الجريمة على عدد قليل ممن اقر بجريمته امام الرسول اربع مرات.

تاسعاً: -أمر الرسول (ﷺ) القاضي بأن يشجع المتهم بجريمة الزنا – ولم تثبت الا بالاقرار- على أن يتراجع عن هذا الاقرار: وقد روى ابو هريرة انه قال: ((أتى رجل من المسلمين رسول الله (ﷺ) وهو في المسجد فناداه فقال: يا رسول الله اني زنيت فاعرض عنه فتنحى لقاء وجهه فقال يا رسول الله اني زنيت فاعرض عنه حتى ثنى ذلك لاربع مرات فلما شهد على نفسه اربع شهادات دعاه رسول الله فقال إبك جنون قال: لا، قال فهل احصنت (تزوجت) ؟ قال: نعم قال اذهبوا به فارجموه))[4].

وجدير بالذكر ان عقوبة الرجم لاتوجد في القرآن الكريم وانما ثبتت بفعل الرسول، ويرى البعض انها الغيت بآية الجلد وهي قوله تعالى: ﴿الزَّانِيَةُ وَالزَّانِي فَاجْلِدُوا كُلَّ وَاحِدٍ مِّنْهُمَا مِئَةَ جَلْدَةٍ﴾[5]. وفي نظرنا هذا الرأي هو الصائب لأن من ميزات جرائم الحدود عدم تأثرها بالظروف المشددة بالاضافة الى انها من الناحية العملية معدومة.

---

[1] الاية ٤

[2] اي الشريفات

[3] الاية: ١٣

[4] صحيح مسلم: ١٣١٨/٣.

[5] سورة النور-الاية: ٢.

عاشراً: امر الرسول (ﷺ) القاضي باستخدام طريقة الصلح: لحل الخلاف بين الخصمين فيما يجوز فيه الصلح[١].

الحادي عشر: حرية مناقشة القاضي من قبل الخصمين في المسائل الجزائية والمدنية: وذلك اذا لم يقتنع الخصم بعدالة الحكم، وهذه الحرية اقرها القرآن حين ناقشت خولة بنت حكيم الرسول (ﷺ) في حكم اصدره حول ظهار زوجها منها، حيث قالت: يا رسول الله زوجي اوس اكل مالي وافنى شبابي ونثرت له بطني حتى كبرت سني وانقطع ولدي ظاهر مني، فاجابها قائلا: ما اراك إلا قد حرمت عليه، وعادت خولة تحاور الرسول (ﷺ) وتناقشه بكل حرية وتقول: - إن لي منه صبية إن ضممتهم إليه ضاعوا وإن ضممتهم إلي جاعوا، وعاد الرسول (ﷺ) يقول ماأراك إلا قد حرمت عليه وذلك لان الظهار قبل أن يأتي حكمه في القرآن كان طلاقاً قبل الاسلام ثم قالت خولة: الى الله اشكو أمري وأمر صبيتي، فلم تقتنع بالحكم ثم نزلت الاية القرآنية لصالح خولة فحددت الحكم بأنه ليس طلاقا وانما يترتب عليه عقاب الزوج بعقوبة بدنية أو مالية لتلاعبه بالعلاقة الزوجية، فحدد القرآن الحكم بأحدى العقوبات الثلاث حسب التسلسل: فعلى الزوج اولا ان يشتري عبدا فيعتقه فان لم يجد فعليه أن يصوم شهرين متتابعين وان لم يستطع فعليه اطعام ستين مسكينا [٢].

الثاني عشر: - الشبهة في الجريمة الحدية تؤدي الى اسقاطها أو تحولها إلى جريمة أخرى أخف عقوبة: - فجريمة السرقة مثلا بين الاصول والفروع أو بين الزوجين تتحول الى جريمة تعزيرية اذا قدم المجنى عليه الطلب بعقاب الجاني بعقوبة تعزيرية دون قطع اليد، وهذا ما اجمع عليه فقهاء الشريعة الاسلامية، والفقرة الثالثة من المادة الثالثة من اصول المحاكمات الجزائية اعتبر تأثيرالشبهة حصراً في تحويل الجريمة من الاعتداء

---

[١] صحيح مسلم ٢/١٣٤٥.

[٢] سورة المجادلة / نص الاية: ﴿قَدْ سَمِعَ اللَّهُ قَوْلَ الَّتِي تُجَادِلُكَ فِي زَوْجِهَا وَتَشْتَكِي إِلَى اللَّهِ وَاللَّهُ يَسْمَعُ تَحَاوُرَكُمَا إِنَّ اللَّهَ سَمِيعٌ بَصِيرٌ، الَّذِينَ يُظَاهِرُونَ مِنكُم مِّن نِّسَائِهِم مَّا هُنَّ أُمَّهَاتِهِمْ إِنْ أُمَّهَاتُهُمْ إِلَّا اللَّائِي وَلَدْنَهُمْ وَإِنَّهُمْ لَيَقُولُونَ مُنكَرًا مِّنَ الْقَوْلِ وَزُورًا وَإِنَّ اللَّهَ لَعَفُوٌّ غَفُورٌ، وَالَّذِينَ يُظَاهِرُونَ مِن نِّسَائِهِمْ ثُمَّ يَعُودُونَ لِمَا قَالُوا فَتَحْرِيرُ رَقَبَةٍ مِّن قَبْلِ أَن يَتَمَاسَّا ذَلِكُمْ تُوعَظُونَ بِهِ وَاللَّهُ بِمَا تَعْمَلُونَ خَبِيرٌ، فَمَن لَّمْ يَجِدْ فَصِيَامُ شَهْرَيْنِ مُتَتَابِعَيْنِ مِن قَبْلِ أَن يَتَمَاسَّا فَمَن لَّمْ يَسْتَطِعْ فَإِطْعَامُ سِتِّينَ مِسْكِينًا﴾. الاية ١-٤.

على حق عام الى الاعتداء على حق خاص فلم يجز تحريك الدعوى الجزائية الا بناءً على شكوى من المجني عليه او من يقوم مقامه قانوناً.

الثالث عشر: الأهلية الجزائية للمتهم: ففي الشريعة الاسلامية لايسال جزائياً المتهم مالم تتوفر فيه شروط خمسة وهي:

١- ان يكون بالغاً سن الرشد حين ارتكاب الجريمة واذا كان عديم التمييز فلايسأل واذا كان مميزاً لايتخذ ضده سوى الوسائل الاصلاحية.

٢- ان يكون عاقلاً فكل خلل عقلي في المتهم يعد مانعاً من مسؤوليته الجزائية.

٣- ان يكون مختاراً أي يتمتع بحرية الارادة، فاذا كان مكرهاً أو مضطراً فلايسال جزائيا.

٤- ان يكون قادراً على ماهو مطلوب منه فعله أو تركه.

٥- ان يكون عالماً بما يكلف به من فعل او امتناع.

فهذه الشروط الخمسة تندرج تحت قوله تعالى: ﴿لاَ يُكَلِّفُ اللّهُ نَفْساً إِلاَّ وُسْعَهَا﴾[1].

الرابع عشر: أهلية القاضي: ففي الشريعة الاسلامية لايعين قاضياً الا من كان عادلاًنزيها اهلاً للاجتهاد فكلما تتوفر الصفات الحميدة في القاضي يتحقق ضمان عدالة حكمه.

الخامس عشر: تزكية الشهود: فلا يجوز للقاضي ان يحكم بناءاً على افادات الشهود مالم تتم تزكية هؤلاء الشهود من قبل اهل الثقة.

السادس عشر: يجب أن يكون القاضي في اثناء المحاكمة متمتعاً بحالة هادئة ونفسية مستقرة بعيداً عن كل توتر عصبي: يروي عبد الرحمن بن أبي بكرة انه سمع رسول الله يقول: ((لايحكم أحد بين اثنين وهو غضبان))[2].

السابع عشر: إذا ثبت إدانة المتهم بارتكاب جريمة القتل الخطأ يكون الجزاء دية على عاقلة الجاني: وهو لايتحمل أي جزء من مسؤولية هذا الجزاء. وعاقلة الشخص عشيرته ان وجدت والاتكون على المؤسسة التي ينتمي اليها الجاني كالنقابة.

الثامن عشر: للقاضي ان يحكم ببراءة المتهم ويُحمل متبوعه من الولي أو الوصي أو غيرهما مسؤولية العمل الجرمي: وقد قضى بذلك عمر بن الخطاب حين ارتكب عبيد لحاطب المزني جريمة السرقة[3] فقد حكم اولاً على العبيد بقطع اليد، ثم قبل التنفيذ قال

---

[1] سورة البقرة– الاية: ٢٨٦.

[2] صحيح مسلم: ١٣٤٣/٣.

[3] حيث سرقوا جملاً فنحروه وأكلوا لحمه.

لحاطب: أراك لعلك تجيعهم والله لاغرمنك غرامة توجعك. فسأل صاحب الجمل عن قيمته فقال كنت أمنعه من ٤٠٠ درهم، أي لا أبيعه بهذا المبلغ، فحكم على حاطب بثمانمائة درهم.

التاسع عشر: لا يؤخذ بافادة المتهم اذا أخذت منه تحت ضغط التهديد والتعذيب: وذلك لان الكفر بعد الايمان لايحاسب عليه الانسان اذا تم ذلك تحت ضغط الاكراه والتعذيب والتهديد، والكفر من اكبر الكبائر، وقد نص القرآن على ذلك في قوله تعالى: ﴿مَنْ كَفَرَ بِاللَّهِ مِنْ بَعْدِ إِيمَانِهِ إِلاَّ مَنْ أُكْرِهَ وَقَلْبُهُ مُطْمَئِنٌّ بِالإِيمَانِ﴾[1]. فإذا كان الكفر تحت ضغط التهديد والتعذيب لايعتد به ولايترتب عليه أي أثر فان عدم الاعتداد بافادة المتهم المأخوذة منه بالتهديد أو التعذيب يكون من باب أولى.

العشرون: حرمة المسكن: وعدم جواز دخول أي بيت والقيام بالتفتيش فيه إلا بعد إذن مسبق من صاحب البيت ومن السلطة المسؤولة: وقد نص القرآن على حرمة المسكن وعدم جواز هتك هذه الحرمة في قوله تعالى: ﴿يَاأَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا لاَ تَدْخُلُوا بُيُوتًا غَيْرَ بُيُوتِكُمْ حَتَّى تَسْتَأْنِسُوا وَتُسَلِّمُوا عَلَى أَهْلِهَا ذَلِكُمْ خَيْرٌ لَكُمْ لَعَلَّكُمْ تَذَكَّرُونَ(٢٧)فَإِنْ لَمْ تَجِدُوا فِيهَا أَحَدًا فَلاَ تَدْخُلُوهَا حَتَّى يُؤْذَنَ لَكُمْ وَإِنْ قِيلَ لَكُمْ ارْجِعُوا فَارْجِعُوا هُوَ أَزْكَى لَكُمْ وَاللَّهُ بِمَا تَعْمَلُونَ عَلِيمٌ﴾[2].

ونصت المادة (٨) من القانون الأساس العراقي[3] على ان: (المساكن مصونة من التعرض) والمادة (٢٧) من الدستور المؤقت لسنة ١٩٦٤ على ان: (للمنازل حرمة لا يجوز دخولها). وهناك عشرات أخرى من المبادئ والقواعد العامة اقرتها الشريعة الاسلامية لصالح المتهم قبل اكثر من اربعة عشر قرناً ولم يعرف القانون اكثرها إلا قبل قرن أو قرنين ومنها ما لا يعرفها القانون لحد الآن.

---

[1] سورة النحل–الاية: ١٠٦

[2] سورة النور –الأيتان: ٢٧–٢٨.

[3] دستور ١٩٢٥

المبحث الثاني
الحصانة

تعريف الحصانة:

(إعفاء فئة من الأفراد من التزامات و واجبات معينة) [١]

الأسلام لم و لن يقر الحصانة لأي شخص لا لذاته و لا لنسبه ولا لمركزه الأجتماعي أو السياسي أو الأداري أو نحو ذلك.

ومصدر هذا الحكم القرآن والسنة النبوية و إجماع فقهاء الصحابة و فقهاء التابعين كما في الأيضاحات الآتية: -

أولاً: القرآن الكريم: -

قال سبحانه وتعالى:- ﴿فَمَنْ يَعْمَلْ مِثْقَالَ ذَرَّةٍ خَيْراً يَرَه، وَمَنْ يَعْمَلْ مِثْقَالَ ذَرَّةٍ شَراً يَرَه﴾[٢] ولفظ (مَن) في هذه الآية إسم شرط ومن صيغ العموم لذاتها بإجماع علماء أصول الفقه وعلماء البلاغة فيشمل المسلم وغيره، والذكر و الأنثى، وكل شخص بغض النظر عن مركزه ومنصبه.

ويقتضي عموم هذه الأية لا حصانة لرئيس الدولة و الوزراء و أعضاء مجلس التشريعي (البرلمان) وأعضاء هيئة السلك الدبلوماسي شأنه شأن أي إنسان عادي فإذا إرتكب جريمة و

---

[١] كالحصانة البرلمانية وهي منع محاكمة عضو المجلس النيابي أو إتخاذ التعقيبات الجزائية ضده وفق أحكام القانون. وكالحصانة الدبلوماسية وهي مبدأ يقضي بعدم خضوع الدبلوماسي للقضاء المحلي للدولة التي يمثل دولته لديها وتمنح داره و دار البعثة الدبلوماسية بالحماية والحرمة، بحيث لا يجوز لموظفي الحكومة الدخول إليها إلا بموافقة منه أو من رئيس الجمهورية (د. عبدالواحد كرم – معجم مصطلحات الشريعة والقانون – عمان /ط٢ / ١٩٩٨ ص١٦١-١٦٢)

[٢] سورة الزلزلة / ٨،٧.

ثبتت أمام القضاء. يسأل جزائياً و يحاسب و يعاقب فلا يحول مركزه السياسي أو الأداري دون ذلك خلافاً لما عليه القوانين الوضعية في دول العالم.

ثانياً: السنة النبوية:

خطب الرسول (ﷺ) قبل وفاته امام اصحابه وأعلن على المنبر هذا المبدأ السامي بقوله: ((يا ايها الناس من اخذت له من ماله شيئاً فهذا مالي فلياخذ منه ما شاء. ومن ضربت له على ظهره فهذا ظهري فليقتص مني، ومن شتمت له عرضه فهذا عرضي فليشتمه)) [1].

عن عائشة (﵂) ان قريشاً أهمتهم إلا مرأة المخزومية التي سرقت قالوا لها: من يكلم رسول الله ومن يجترىء عليه إلا اسامه حب رسول الله فكلمه أسامه رسول الله فقال: ((أتشفع في حد من حدود الله!)) ثم قام فخطب فقال: ((يا ايها الناس انما ضل[2] من كان قبلكم، انهم كانوا اذا سرق فيهم الشريف[3] تركوه واذا سرق فيهم الضعيف أقاموا عليه الحد، وأيم الله[4] لو أن فاطمة بنت محمد سرقت لقطع محمد يدها)) [5].

ثالثاً: - إجماع فقهاء الصحابة والتابعين وتابعي التابعين:

أ- ومن القواعد الشرعية العامة في الاسلام (لا طاعة لمخلوق في معصية الخالق).

ب- عندما تولى أبوبكر (﵁) الخلافة خطب أمام الملأ فقال لهم أطيعوني ما أطعت الله فإن عصيت فلا طاعة لي عليكم.

ج- لما تولى عمر بن الخطاب (﵁) الخلافة فقال لهم: (أطيعوني ما أطعت الله فإن عصيت فلا طاعة لي عليكم)، فقام واحد من عامة الناس فقال له: والله إن رأينا فيك إعوجاجا قومناه بسيوفنا. فقال عمر: الحمد لله الذي جعل من أمة محمد من يعدل إعوجاج عمر بسيفه. عندما كان عمر (﵁) خليفة المسلمين جاءه ابيه بن كعب فطلب منه أن يقايضه مطالباً حقا عليه فاتفقا على ان يكون زيد بن ثابت وهو من كبار فقهاء الصحابة قاضياً في حسم خلافهما فانطلق الى داره فعندما دخل اليه الذي

---

[1] ينظر مؤلفنا: – فلسفة الشريعة –دار الرسالة للطباعة –بغداد ١٩٧٩ ص١٢٤ وما يليها.

[2] وفي رواية انما اهلك.

[3] اي القوي

[4] هذا صيغة اليمين.

[5] الحديث متفق عليه و في رواية مسلم (لقطعت يدها): صحيح مسلم ٣ / ١٣١٥ رقم الحديث ١٦٨٨.

زيد وسادة لعمر ليجلس عليها فقال له عمر: (هذا اول جورك انـي جئـت مخاصـماً) فقعد بين يديه فطلب من المدعي شاهدين عادلين لأثبات مدعاه قال: ليست لي بينة على امير المؤمنين اليمين، فقال له زيد: اعف امير المؤمنين، فقال له عمـر: (أهكـذا تقضي بين الناس كلهم؟) قال: لا، قال فاقض بيننا كما تقضي بين الناس، قال: احلف بأنه ليس لأبي في أرضي هذه حق فحلف[1].

د- خاصم احد اليهود خليفة الاسلام علي بن أبي طالب عنـد القاضـي شـريح فحضـر الخليفة المحاكمة وحكم القاضي ضده إذ كان الحق مع اليهودي[2].

هـ - حضر الخليفة عبد الملك بن مروان في العهد الاموي امام القاضـي جـبير بـن نعـيم يخاصم إبن عم له فجلس على مفرش القاضي فقال له القاضي قـم مـع إبـن عمـك فغضب عبدالملك وقام من مجلس القضاء[3].

و- ادعى جماعة على الخليفة المنصور في العهد العباسي حقاً أمام القاضي محمد بن عمير الطلحي فطلب حضوره أمام القضاء. فشكره الخليفة وقال له جزاك الله عن دينك وعن نبيك وعن خليفتك احسن الجزا[4].

ز- رفع رجل الدعوى على الخليفة المأمون مطالباً حقاً عليه امام القاضي يحيى بن اكثم فنودي على الخليفة ليجلس مع خصمه فاقبـل ومعـه مرافـق يحمـل مُصـلى فـامره القاضي بالجلوس فطرح المرافق المصلى ليجلس عليه فقال له القاضي يا امير المؤمنين لا تأخذ على خصمك شرف المجلس دونه فطرح للخصم مصلى آخر فجلس عليه[5].

والسر في هذه المساواة والديمقراطية في الاسلام هو ان الشريعة الاسلامية بنت العلاقات بين الشعوب والامم والافراد على الاسس السبعة الآتية: -

الأساس الأول: وحدة النسب بين بني البشر فقد نص القرآن الكريم في آيات كـثيرة علـى ان جميع افراد الأسرة البشرية إخوة واخوات من أب واحد وأم واحدة، وشيمة الأخوة هـي المساواة في التعامل والتعاون والتكاتف والتكامل للعيش الكريم على بساط كوكب

---

[1] الديموقراطية الاسلامية للدكتور عثمان خليل / ص ٤٠

[2] الولاة والقضاة للكندي ص ٣٥٧ نقلا عن فاروق الكيلاني –إستقلال القضاة ص ١٣٠

[3] الدكتور سلام مدكور – المدخل للفقه الاسلامي ص ٣٥٩

[4] الدكتور سلام مدكور – المرجع السابق ص ٣٤٣

[5] المحاسن والمساويء للبيهقي ص ٣٩٢ نقلا عن استقلال القضاء المرجع السابق ص ١٣١

الارض لاستثمار خيرات هذا الكوكب مع عدم التمييز بالأفضلية بالمنصب والوظيفة او المركز السياسي او الاجتماعي او الاداري وإنما الأفضلية لمن يكون اقرب الى الله وانفع للناس فقال سبحانه وتعالى: ﴿يَا أَيُّهَا النَّاسُ إِنَّا خَلَقْنَاكُمْ مِنْ ذَكَرٍ وَأُنْثَى وَجَعَلْنَاكُمْ شُعُوبًا وَقَبَائِلَ لِتَعَارَفُوا إِنَّ أَكْرَمَكُمْ عِنْدَ اللَّهِ أَتْقَاكُمْ﴾[1].

الأساس الثاني: وحدة المعدن نص القرآن الكريم في آيات متعددة على ان المعدن الذي خلق ويخلق منه الانسان هو التراب والتراب متواضع يمشي عليه كل كائن حي متحرك بالأرادة فعلى من يخلق من التراب ان يكون متواضعاً مثله.

ومن البديهي ان كل فرد من افراد الانسان يتكون من عنصرين عنصر حيمن الرجل وعنصر بييضة الانثى وهذان العنصران يتكونان من المواد الغذائية التي تتكون من التراب فإذاً ان كل إنسان مخلوق من معدن التراب كما قال سبحانه وتعالى ﴿وَمِنْ آيَاتِهِ أَنْ خَلَقَكُمْ مِنْ تُرَابٍ ثُمَّ إِذَا أَنْتُمْ بَشَرٌ تَنْتَشِرُونَ﴾[2].

وقد اكد الرسول (ﷺ) هذين الاساسين في حجة الوداع فقال: ((كلكم من آدم وآدم من تراب لا فضل لعربي على أعجمي و لا لأبيض على أسود إلا بالتقوى)).

الأساس الثالث: وحدة الصانع فكل إنسان صانعه وخالقه واحد وهو الله عزوجل، فالانسان ليس كسلعة سوقية بعضها من صنع اليابان مثلا فتفضل على السلعة المصنوعة من الصين مثلا، فمادام الصانع واحداً يكون المصنوع على درجة واحدة من الجودة والرداءة، قال تعالى: ﴿يَا أَيُّهَا النَّاسُ اعْبُدُوا رَبَّكُمُ الَّذِي خَلَقَكُمْ وَالَّذِينَ مِنْ قَبْلِكُمْ﴾[3].

الأساس الرابع: وحدة المصالح المشتركة فالرسالات الآلهية كلها أتت لتحقيق مصالح الانسان وفي مقدمتها الرسالة المحمدية قال سبحانه وتعالى مخاطبا رسوله محمداً (ﷺ): - ﴿وَمَا أَرْسَلْنَاكَ إِلاَّ رَحْمَةً لِلْعَالَمِينَ﴾ والرحمة هي المصلحة الأيجابية (المنفعة المستجلبة) والسلبية (المفسدة المستدرأة) سواء كانتا ماديتين او معنويتين، دنيويتين او آخرويتين، وجميع ما في الارض من الكائنات الحية والجمادات خلق لأجل مصلحة

---

[1] سورة الحجرات /١٣

[2] سورة الروم — ٢٠

[3] سورة البقرة — ٢٥

الانسان وجميع خيرات الأرض مشتركة بين افراد الانسان كما قال سبحانه وتعالى: ﴿هُوَ الَّذِي خَلَقَ لَكُمْ مَا فِي الأَرْضِ جَمِيعًا﴾[١].

فلكل إنسان ان يأخذ نصيبه من خيرات الارض والسماء حسب حاجته على ان لا يتجاوز على نصيب غيره، قال تعالى: ﴿وَلاَ تَنسَ نَصِيبَكَ مِنَ الدُّنْيَا﴾.

الأساس الخامس: وحدة المصير فمصير الكل مفارقة الحياة وملاقاة الموت بدون تمييز بين القوي والضعيف فقال سبحانه وتعالى: ﴿كُلُّ نَفْسٍ ذَائِقَةُ الْمَوْتِ وَإِنَّمَا تُوَفَّوْنَ أُجُورَكُمْ يَوْمَ الْقِيَامَةِ﴾[٢] وقال تعالى: ﴿أَيْنَمَا تَكُونُوا يُدْرِككُّمُ الْمَوْتُ وَلَوْ كُنتُمْ فِي بُرُوجٍ مُّشَيَّدَةٍ﴾[٣].

الأساس السادس: وحدة تحمل الأمانة: - الأنسان وحده من بين الكائنات الحية يحمل الأمانة وهي عبارة عن كل ما يجب على الأنسان أن يقوم به تجاه غيره، قال سبحانه وتعالى: ﴿إِنَّا عَرَضْنَا الأَمَانَةَ عَلَى السَّمَاوَاتِ وَالأَرْضِ وَالْجِبَالِ فَأَبَيْنَ أَنْ يَحْمِلْنَهَا وَأَشْفَقْنَ مِنْهَا وَحَمَلَهَا الإِنْسَانُ إِنَّهُ كَانَ ظَلُومًا جَهُولاً﴾.[٤]

الأساس السابع: وحدة المسؤولية: - فكل إنسان يتحمل تبعات أعماله إن كانت خيراً فجزاؤه خير وإن كانت شراً فجزاؤه شر دون تمييز بين إنسان وإنسان آخر بالعرق أو الجنس أو اللون أو الأقليم أو نحو ذلك. قال سبحانه وتعالى: ﴿فَمَنْ يَعْمَلْ مِثْقَالَ ذَرَّةٍ خَيْراً يَرَه، وَمَنْ يَعْمَلْ مِثْقَالَ ذَرَّةٍ شَراً يَرَه﴾[٥].

فلفظة (مَن) من صيغ العموم تفيد العموم لذاتها ولم يثبت مخصص يخصص هذا العموم.

بالأضافة الى ماذكرنا من مبررات عدم وجود الحصانة لأي انسان ايا كانت منزلته فإن للمنصب أو الوظيفة في الأسلام ليس حقاً ولا مركزاً يتميز به من غيره، وإنما هو تكليف وتحميل للمسؤولية فالمركز الذي يحتله أي مسؤول إنما هو خدمة لغيره فهو احرى من غيره بان لايتميز بميزة تؤهله للحصانة.

---

[١] سورة البقرة – ٢٩

[٢] سورة آل عمران –١٨٥

[٣] سورة النساء –٧٨

[٤] سورة الأحزاب /٧٢

[٥] سورة الزلزلة (الآية ٧و٨)

وفي صحيح مسلم[1]: ((عن ابي ذر قال قلت يارسول الله ألا تستعملني[2] قال فضرب بيده على منكبي ثم قال يا أبا ذر إنك ضعيف وإنها امانة وإنها يوم القيامة خزي وندامة إلا من أخذها بحقها وأدى الذي عليه فيها)).

هذا الحديث الشريف اصل عظيم في إجتناب المناصب والوظائف ولاسيما بالنسبة لمن كان فيه ضعف عن القيام بوظائف تلك المناصب لعدم كفائته وضعف أهليته.

---

[1] صحيح مسلم ٣/ ١٤٥٧

[2] اي توظفني وتعينني بمنصب



الفصل الحادي عشر

الأجتهاد القضائي

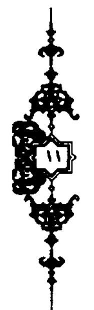
لا يوجد فرق جوهري بين الأجتهاد القضائي وغيره من سائر الأجتهادات لذا نتناول الموضوع بوجه عام.

والأجتهاد مأخوذ من الجهد وقد ورد لغةً بضم الجيم وفتحها بعدة معان أقربها الى المعنى الأصطلاحي الطاقة.

وفي الأصطلاح: بذل الطاقة العلمية لأكتشاف الحكم الحقيقي للموضوع المعني به.

وكان القاضي في الأسلام لايتولى ممارسة هذه الوظيفة مالم يكن مجتهداً أي متمتعاً باهلية الأجتهاد ولو كان ذلك في بعض المسائل دون بعضها فلم يشترط ان يكون مجتهداً مطلقاً في جميع الأمور.

وقد ظل هذا النمط مستمراً منذ عهد الرسالة الى العصرالأخير من الخلافة العباسية ثم أصبح القاضي مقلداً لمذهب معين كتقليد للمذهب الحنفي في العراق وفي الدول الخاضعة للخلافة العثمانية.



كما لم يكن هناك التخصص المكاني او العملي فكان القاضي ينظر في جميع المسائل والقضايا سواء كانت جزائية او مدنية او من الأحوال الشخصية أو من غيرها لأن الحياة آنذاك كانت بسيطة بالنسبة للعصر الحديث.

وكانت ولاية المظالم تشبه الى حد كبير محكمة التمييز (أو محكمة النقض).

وكان يختص من يتولاها بالنظر فيما يعجز عنه القضاة والنظر في حالات تحدي ذوي الجاه والحسب وأرباب الوظائف والمناصب كالقضاء الأداري في هذا العصر.

وكان القضاة يرجعون في أقضيتهم الى كتاب الله وسنة رسول الله (ﷺ) فان لم يجدوا نصا فيها عملوا باجماع الصحابة والسوابق القضائية للخلفاء السابقين وبوجه خاص الخلفاء الراشدين.

فإن لم يجدوا يقلدون آراء فقهاء أئمة المذاهب ولكن من كان أهلاً للأجتهاد يجتهد برأيه.

وعلى القاضي الشرعي الذي له اهلية الاجتهاد ان يتقيد بالتسلسل الآتي: -

القرآن اولاً والسنة النبوية ثانياً والاجتهاد وإستخدام الرأي ثالثاً.

كما جاء في حديث معاذ بن جبل حين إختبره الرسول (ﷺ) بعد ان رشحه لأن يكون والياً وقاضياً في اليمن.

فقال له كيف تقضي؟ قال أقضي بكتاب الله، قال فإن لم تجد في كتاب الله، قال أقضي بسنة رسول الله، قال فإن لم تجد في سنة رسول الله ؟ قال اجتهد رأيي ولا آلو[١] قال فضرب رسول الله صدره وقال الحمد لله الذي وفق رسول رسول الله لما يرضي رسول الله[٢].

شروط الأجتهاد: -

أ. بالنسبة للأجتهاد في الأحكام الشرعية يشترط الشروط الثلاثة الآتية: -

١. ان يفهم روح الشريعة الاسلامية وغايتها.

٢. ان يفهم جوهر الحياة ومتطلباتها.

٣. ان يفهم الصلة بين الشريعة والحياة.

ب. بالنسبة للأجتهاد في القوانين يشترط ان يتوفر الشروط الثلاثة الآتية: -

---

[١] أي لا اقصر في اللجوء الى الاجتهاد و استخدام الرأي.

[٢] رواه ابو داود – رقم الحديث ٣٥٩٢ و٣٥٩٣ كتاب الأقضية باب إجتهاد الرأي في القضاء. والترمذي رقم ١٣٢٧ و١٣٢٨ في كتاب الاحكام باب ما جاء في القاضي كيف يقضي.

١. ان يكون ملماً بالقوانين ذات العلاقة.
٢. ان يفهم طبيعة الموضوع الذي ينظر فيه.
٣. ان يدرك الصلة بين القانون الواجب لتطبيق والموضوع[١].

ولا يشترط ان يكون القاضي من الذكور كما لايشترط ان يكون مسلما الا في القضايا الدينية. بل المهم هو ان يكون أهلا للأجتهاد.

واجتهاد القاضي اما ان يكون في مورد النص او في حالة غياب النص لذا تقسم دراسة الأجتهاد القضائي الى قسمين الاجتهاد في مورد النص والاجتهاد فيما لانص فيه ويخصص لكل شق مبحث مستقل.

---

[١] هذه الشروط بالنسبة للشريعة والقانون من إستحداثي وذلك لأن الشروط التي بحثوها في المراجع أكثرها لا تصلح لهذا العصر المتطور بالأضافة الى الاطالة المملة في تلك الشروط.

المبحث الأول
الأجتهاد في مورد النص

ومن الواضح ان النصوص القانونية إما جزائية او غير جزائية[1] لذا نتناول دراسة كل فئة في فرع مستقل.

الفرع الأول
الأجتهاد في مورد النصوص غير الجزائية

الاحوال الشخصية العراقي القائم ونصوص القانون المدني العراقي القائم لأن الغرض من هذا الاستعراض هو التمثيل والتوضيح وليس المقصود الاحاطة بجميع فروع القانون داخل العراق وخارجه لأن هذا امر من الصعب الاحاطة به.

اولاً: الاجتهاد في مورد النص في قانون الاحوال الشخصية العراقي القائم: -

١. اقتراح تعديل الفقرة الاولى من المادة الاولى (تسري النصوص التشريعية في هذا القانون على جميع المسائل التي تتناولها هذه النصوص في لفظها او فحواها) لتحل محلها الفقرة الآتية (تسري النصوص التشريعية في هذا القانون على جميع المسائل التي تتناولها هذه النصوص بمنطوقها او مفهومها).

وجه الاقتراح ان الفقرة القائمة تعطي القاضي صلاحية إستقاء الاحكام من قناتين فقط المنطوق الصريح والمفهوم الموافق في حين ان المقترح يعطي صلاحية الأستقاء من ست قنوات وهي (منطوق النص، اقتضاء النص، اشارة النص، ايماء النص، المفهوم الموافق والمفهوم المخالف) [2].

---

[1] ومعيار التمييز بين النصوص الجزائية وغير الجزائية هو ان الشق الأول يعالج الاعتداء على الحق العام والثاني يعالج الاعتداء على الحق الخاص بالاضافة الى ان القاضي في النصوص الجزائية مقيد برعاية مبدأ الشرعية بخلاف غيرها.

[2] وقد تناولنا دراسة هذه القنوات الست بالتفصيل سابقاً.

٢. اقتراح تعديل عبارة (ويعتبر عقد الزواج بالأكراه باطلا اذا لم يتم الدخول) كما ورد في المادة التاسعة في القانون المذكور لتحل محلها عبارة (ويعتبر عقد الزواج بالأكراه موقوفاًاو فاسداً اذا لم يتم الدخول الأختياري).

وجه الاقتراح ان الزواج الباطل لايتحول الى الصحيح بالأجازة لأنه معدوم والمعدوم لايتحول الى الموجود بأية طريقة كانت ثم ان الدخول قد يكون بالأكراه ايضا فلا تأثير له مطلقا.

٣. تضاف فقرة جديدة ثالثة الى المادة (العشرين) كالاتي: - يقيم مهر الزوجة المؤخر بعد الفرقة بالطلاق او الوفاة بالذهب وقت إنشاء الزواج إذا كان المهر نقوداً تغيرت قوتها الشرائية [1] بالصعود او الهبوط).

وجه الاقتراح رفع الظلم عن الزوجة التي تم زواجها قبل ستين سنة مثلاً عندما كان سعر مثقال من الذهب ديناراً واحداً او أقل او اكثر في حين ان سعرمثقال الذهب في الوقت الحاضر اكثر من مائة الف دينار فليس من العدل والانصاف ان تتقاضى الزوجة بعد هذا التغير في القوة الشرائية مئة دينار من مهرها المؤجل.

٤. ومن الأجتهادات القضائية الخاطئة إجتهاد محكمة التمييز بقرارها المرقم ٢٩٤ /موسعه اولى /٨٤ -٨٥ في ١٩٨٥/٦/٢٦ و٢٥٠٨/ شخصيه ٨٤-٨٥ في ١٩٨٥/١٠/٦ و ١٩٨٣ /موسعه اولى/٨٥-٨٦ في ١٩٨٦/٦/٣٠ و ٣٣٤/موسعه اولى /٨٦-٨٧ في ١٩٨٧/٥/٦ بان المشرع العراقي في المادة (٨٩)[2] من القانون المذكور اخذ بنظام الطبقات في الفقه الجعفري فكل طبقه من الطبقات الثلاث الواردة حسب التسلسل في الفقرات (١، ٢، ٣) لهذه المادة تحجب الطبقة التي تليها في المرتبة.

---

[1] لأن العملة إذا تغيرت قوتها الشرائية تتحول من صفة المثلية الى صفة القيمية فعندئذ تقدر القيمة بقيمة يوم نشأة الألتزام.

[2] نص المادة (٨٩): – الوارثون بالقرابه وكيفية توريثهم:

١– الأبوان والأولاد وان نزلوا للذكر مثل حظ الأنثيين.

٢– الجدوالجدات والاخوة والاخوات واولادالاخوة والاخوات.

٣– الأعمام والعمات والأخوال والخالات وذو الارحام.

أوجه خطأ إجتهاد محكمة التمييز في تفسير المادة (٨٩) ما يلي: -

أ- لو صح هذا التفسير لما كان هناك حاجة الى تعديل الفقرة (٤) من هذه المادة وهي: (تعتبر الأخت الشقيقة بحكم الأخ الشقيق في الحجب) لأنها كالأخ في نظام الطبقات بدون هذا التعديل.

ب- لو اخذ بالنظام المذكور لما ورد ذكر تعبير (ذوو الأرحام) لأن هذا التعبير غير موجود في مذهب الشيعة الامامية ونظام الطبقات.

ج- لو اخذ بهذا النظام لقال المشرع في الفقرة الثانية (والأجداد) بدلاً من (الجد) لأن المراد بالجد الوارد في هذه الفقرة هو الجد العصبي (أب الأب) بينما في فقه الامامية الجد يشمل أب الأب وأب الأم ولذلك هم يستعملون الأجداد بدلاًمن الجد.

ثانياً: - الأجتهاد في مورد النص في قانون المدني العراقي القائم: -

١. الخطأ الوارد في الفقرة الأولى من المادة الأولى تكرر في الفقرة من المادة الأولى في هذا القانون لذا نقترح تبديل عبارة (في لفظها او فحواها) بعبارة (بمنطوقها او مفهومها) لما ذكرناه.

٢. إعتبار العقد موقوفاً لعيوب الأرادة او الرضا في المادة (١٣٤) يخالف الفقه الاسلامي والفقه الغربي وقد شذ المشرع العراقي في هذا الأتجاه لذا نقترح إعادة النظر في هذا الموضوع واعتبارالعقد نافذاً غير لازم.

٣. أقتراح تبديل تعبير (تبيح) في المادة (٢١٢/١) بعبارة (تجيز) لأن الضرورة ليست من اسباب الاباحة وانما هي من موانع المسؤولية الجزائية دون المدنية فهي من اسباب الرخصة فمن اكل مال الغير بدون اذنه تحت ضغط الحاجة والضرورة لايسال جزائياً لكن يسأل مدنياً فعليه تعويض ما اكله.

بينما في اسباب الاباحة لايسأل الشخص لاجزائياً ولا مدنياً.

٤. خلط المشرع العراقي بين محل الألتزام وموضوعه كما خلط بين محل العقد ومحل الألتزام في المادة (١٢٩/١) من القانون المذكور التي نصها (يجوز ان يكون محل الألتزام معدوما وقت التعاقد اذا كان ممكن الحصول في المستقبل و عين تعييناً نافياً للجهالة والغرر).

والصواب ان يقال (يجوز ان يكون موضوع الألتزام) او (محل العقد) معدوما الى آخره لأن الألتزام من الاحكام التكليفية لايتعلق بالاعيان وانما يتعلق بالافعال كالأداء والتسليم

والأمتناع ونحو ذلك وقد وقع في نفس الخطـأ المشـرع المصـري (م ١٣١-١٣٥) والسـوري (م ١٣٢-١٣٦) والاردنـــي (م١٥٧-١٦٤) الجزائـــري (م٩٢-٩٦) والـــيمني (م ١٨٦-١٩٧) واكتفي بهذا القدر من تطبيقات الأجتهاد في مورد النص وهذا النوع من الاجتهاد المفروض ان يكون من القاضي لأنه يطبق النص فالقاضي معين للمشرع فيما يدركه من الخلل في كل نص.

الفرع الثاني
الأجتهاد في مورد النصوص الجزائية

نطاق الأجتهاد في مورد النصوص الجزائية أضيق بكثير من الأجتهاد في غيرها فالقاضي مقيد فيها بمبدأ الشرعية فعليه ان لايتوسع في الاجتهاد بالنسبة للنصـوص الجزائيـة لأنـه لايملك سلطة إستحداث الجريمة والعقوبة لكن له سلطة الأجتهاد في تفسير النصـوص الجزائيـة الغامضة وله تخصيص النص العام بالنص الخاص كتخصـص عمـوم المـادة (٦) مـن قـانون العقوبات العراقي القائم (تسرى احكام هذا القانون علـى جميـع الجـرائم الـتي ترتكـب في العراق) بالمادة (١١) من نفس القانون (لا يسرى هذا القانون علـى الجـرائم الـتي تقـع في العراق من الأشخاص المتمتعين بحصانة مقررة بمقتضى الاتفاقيات الدولية او القانون الدولي او القانون الداخلي).

وله تقييد النص المطلق بحكمة النص وعلة حكمه كتقييد الليل الفلكي بالظلام في المادة (٤٤٠) من نفس القانون التي نصها (يعاقب بالسجن المؤبد او المؤقـت مـن ارتكـب سـرقة إجتمع فيها الظروف التالية: -

١- وقوعها بين غروب الشمس وشروقها من الواضح انه لافرق بين الليل قبيـل شـروق الشمس او بعيد غروبها بمقدار ربع ساعة وبين النهار فحكمه تشديد العقوبة واعتبار الليـل ظرفا مشددا تتطلب تقييد هذا الليل بوقت حلول الظلام الذي هو محل الرهبة والخوف.

ومن الاجتهاد في مورد النص اقتراح نقل الفقرة (٤) من المادة (٤١) الى المادة (٣٩) او (٤٠) لأن هذه الفقرة التي نصها (اعمال العنف التي تقع على من ارتكب جناية او جنحـة مشهودة بقصد ضبطه) من باب اداء الواجب وليس من باب استعمال الحق.

ومن الاجتهاد في مورد النص تفسير المنقول في المادة (٣١٢) من قانون عقوبات المصـري القائم في تعريف السرقة (كل من إختلس منقولاً مملوكاً لغيره فهوسارق) بما يشمل كـل مـا هو متصل بالأرض او مغروس فيها لمجـرد فصـله عنهـا والثمـار لمجـرد قطفهـا والقـوى الكهربائية والمائية وكل طاقة او قوة محرزة اخرى كما ورد هذا التفصيل في المادة (٤٣٩) من قانون العقوبات العراقي القائم.

ومن الأجتهاد في مورد النص تعميم المادة (٢٣٧) من قانون العقوبـات المصـري القـائم (من فاجأ زوجته حال تلبسها بالزنا وقتلها في الحال هي ومن يزني بها يعاقب بالحبس بـدلا من العقوبات المقررة في المادتين (٢٣٢و٢٣٦) بما يشمل الأعتداء عليهمـا او علـى احـدهما اعتداء افضى الى الموت او الى عاهة مستديمة وذلك عـن طريـق اسـتخدام مفهـوم الموافقـة للنص المذكور لأنه اذا كانت عقوبة القتل العمد تتأثر بهذا الظرف البشع وتنـزل الى عقوبـة الجنحة فإن تأثرها به في عقوبة الضرب المفضي الى الموت او الاصابة بعاهة مستديمة يكـون من باب اولى.

وجملة الكلام ان الاجتهاد في مورد النصـوص الجزائيـة جائز سواء أكان من القاضي أم من غيره شريطة ان لايؤدي هذا الأجتهاد الى استحداث جريمة او عقوبة لم تكن مشـمولة بـالنص صراحة او ضمنا وذلك التزاماً بالتقيد بمبدأ الشرعية (لا جريمة ولا عقوبة إلا بنص).

المبحث الثاني
الأجتهاد فيما لا نص فيه

مجال تطبيق الأجتهادالقضائي:

أ- لامجال للأجتهادقضائياً كان أو غيره في المسائل والقضايا الجزائية بمقتضى مبدأ الشرعية (لاجريمة ولاعقوبة الابنص) فالقاضي لايملك سلطة احداث جريمة أوعقوبة في الشريعة أوالقانون. وقد سبقت الشريعة القوانين بمئات السنين في إقرار مبدأ المشروعية في آيات منها: ﴿وَمَا كُنَّا مُعَذِّبِينَ حَتَّى نَبْعَثَ رَسُولاً﴾ فيقتصر دور الاجتهادى في ماعدا المسائل الجزائية.

ب- مايقره إجماع فقهاء الشريعة، أو مجلس الشورى، أو المجلس النيابي (البرلمان) ليس من باب الاجتهاد القضائي لان دور القاضي فيما تقره هذه الجهات يقتصر على التطبيق شأنه شأن تطبيق النصوص.

جـ - لا جتهاد القاضي فيما لانص فيه طرق مشتركة بين الفقه الاسلامي والقانون يستعين بها القاضي للوصول الى الحكم المطلوب ولا إختلاف الافي التسمية فالفقهاء يسمونها مصادر تبعية، ويطلق عليها القانونيون (القواعد العامة).

د- خلط علماء أصول الفقه بين طرق الاجتهاد لارجاع الجزئيات الى كلياتها من النصوص المعقولة المعاني (أي التي يدرك العقل عللهاوحكمها في القرآن والسنة النبوية وبين المصادر للاحكام) علما بأنها طرق لاكتشاف أحكام الله وليست مصادر لها.

هـ - القاضي في تطبيق السوابق القضائية مقلد للقضاة السابقين فلا يعد ذلك التطبيق إجتهاد قضائيا.

و- أهمل رجال الدين منذ تدوين المذاهب العمل بما يسميه علماء أصول الفقه المصادر التبعية للفقه الاسلامي بحيث أصبح التاليف والتدريس والتعلم والتعليق بالنسبة لهذه المصادر التبعية مجرد عمل تقليدي يعمله الخلف تقليدا للسلف لا يسمن ولا يغني لان المفتي أوالقاضي لايتعب نفسه باستخدام مصدرمن تلك المصادر التبعية للوصول

الى الحكم المطلوب بل كل منهم يراجع مرجعاً فقهياً للمذهب الذي يقلده وحتى لا يكلف نفسه بان يقارن بين مذهبه ومذهب آخر ليطلع على الرآي الراجح أو الملائم لعصره وللظروف التي يعيش فيها وهذه مصيبة كبرى أبتلى بها العالم الاسلامي منذ زمن بعيد.

اهم طرق الاجتهاد فيما لانص فيه: -

أهم طرق الاجتهاد القضائي وغير القضائي التي يسميها علماء أصول الفقه (المصادر التبعية) ويطلق عليها القانونيون القواعد العامة أو المصادر الرسمية يقر القانون العمل بها فيما لا نص فيه هي الآتية: -

١- العرف: وهو ماتكرر استعمالها من قول أو فعل حتى إكتسب صفة الاستقرار في النفوس والتقبل في العقول والرعاية في التصرفات[١]. وقد أقر القرآن العرف والعمل بمقتضاه في آيات منها قوله تعالى: ﴿خُذِ الْعَفْوَ وَأْمُرْ بِالْعُرْفِ وَأَعْرِضْ عَنِ الْجَاهِلِينَ﴾[٢]. وثبت حجيته في غير المسائل الجزائية بالقواعد الفقهية الكلية منها العادة محكمة[٣]. المعروف عرفاً كالمشروط شرطاً.[٤] المعروف بين التجار كالمشروط بينهم[٥]. التعيين بالعرف كالتعيين بالنص[٦].

وقد قلت أهمية العرف في القوانين الداخلية بعد أن تحولت أكثر الاعراف الى نصوص قانونية ولكن مازال له دور مهم في القانون الدولي وفي حل النزاعات في ضوء الاعراف الدولية.

وكذلك له أهمية كبيرة في الاجتهاد القضائي وفي الفقه الاسلامي.

---

[١] ينظر مؤلفنا لصول الفقه في نسيجه الجديد/١/٧٧.

[٢] سورة الاعراف/ ١٩٩.

[٣] مجلة الاحكام العدلية المادة (٣٦).

[٤] المجلة (٤٣).

[٥] المجلة (٤٢).

[٦] المجلة (٤٥).

شروط العمل بالعرف: -

١. ان يكون صحيحا لايخالف نصا صريحا أو النظام العام أو الأداب العامة.
٢. أن يكون مطردا غير مضطرب بان يكون ثابتا معمولا به.
٣. أن يكون سابقا في وجوده على الواقعة التي يطبق فيها.
٤. ان يكون عاما في الاحكام العامة.
٥. ان لايتم الاتفاق من ذوي العلاقة على العمل بخلافه. [1]

٢- القياس: - وهو ارجاع الجزئيات الى الكليات النصوص المعقولة المعاني اي النصوص العامة التي بامكان العقل السليم ان يدرك عللها وغاياتها من نفع يستجلب أو ضرر يستدرأ وقد سبق تفصيل الخلاف في القياس سابقاً واقترح أن يؤخذ بتعريفنا هذا لانه اضبط وأ دق من تعريفات علماء أصول الفقه له.

٣- المصلحة: - وهي المنفعة المستجلبة او المضرة المستدراة وسبق ان بينا ان الله تعالى حصر الغاية من الرسالة المحمدية في مصلحة الانسان في قوله تعالى: ﴿وَمَا أَرْسَلْنَاكَ إِلَّا رَحْمَةً لِّلْعَالَمِينَ﴾. وجدير بالذكر ان جميع الطرق الاجتهادية الاخرى ترجع الى المصلحة[2].

٤- الاستحسان: - وهو استثناء بعض المسائل الجزئية من قواعدها الكلية رعاية للمصلحة أو الضرورة أو العرف.

كاستثناء الشهيد في سبيل المصلحة العامة من شرط إكمال الخدمة العسكرية العامة أو المدنية لغرض مرتب التقاعد وذلك رعاية للمصلحة العامة ومصلحة أسرته وكاستثناء المضطر من أكل الميته وأكل مال الغير من قاعدة التجريم وذلك رعاية للضرورة.

٥-سد الذرائع وفتحها: - الذريعة وسيلة يعطى لها حكم غايتها من المشروعية وعدمها وتفتح اذا كانت مشروعة والا فتسد ولها أقسام أربعة.

أ- الوسيلة والغاية مشروعتان كمنح الجوائز للطلبة الأوائل لغرض المنافسة في سبيل التفوق العلمي فتفتح الذريعة.

---

[1] أصول الفقه في نسيجه الجديد /٨٤/١ ومايليها.
[2] للاطلاع على تفصيل ذلك ينظر مؤلفنا أصول الفقه في نسيجه الجديد/١١/١.

ب- كلتاهما غير مشروعة كالاتفاق الجنائي على ارتكاب جريمة مقابل مبلغ من المال فتسد الذريعة.

جـ- الوسيلة مشروعة والغاية غير مشروعة كتقديم هدية للقاضي بقصد انحيازه له وقت المرافعة فتسد.

د- الوسيلة غير مشروعه والغاية مشروعة فتفتح كعقوبة الجاني لغرض حماية الارواح والاموال والاعراض والامن والاستقرار.

٦- الاستصحاب: - وهو اقرار إبقاء حكم سابق لم يثبت زواله.

وأقسامه أربعة: -

أ- الاباحة الاصلية للاشياء النافعة مالم يثبت خلاف ذلك فالاصل في الموجودات الكونية من الاشياء النافعة الاباحة لقوله تعالى: ﴿هُوَ الَّذِي خَلَقَ لَكُمْ مَا فِي الأَرْضِ جَمِيعًا﴾ و (لام) لكم للنفع فلايتصور ان يخلق الله شيئاً لنفع الانسان ثم يمنعه منه.

ب- أستصحاب البراءة الاصلية فالانسان يولد وذمته بريئة من كل التزام جنائي أو مدني فعلى القاضي ان يعتبره انه مازال بريئا عن كل مطالبة قضائية حتى يثبت خلاف ذلك.

جـ - أستصحاب حكم ثابت سابق بدليل شرعي حتى يثبت خلافه فالمراة المتزوجة سابقا اذا طلبت من القاضي تزويجها من زوج أخر على القاضي رد الطلب حتى تثبت الفرقة بالوفاة أو الطلاق و انتهاء العدة.

د- أستصحاب الصفة الاصلية للاشياء فمن أشترى سيارة ثم استعملها وظهر فيها عيب يبرر فسخ العقد وأدعى البائع حدوثه بعد القبض فهو ليس ضامناً له وأدعى المشتري حدوثه قبله على القاضي ان يرجح جانب البائع حتى يثبت خلاف ذلك لأن الأصل السلامة والعيب عارض.

القانون والاجتهاد القضائي: -

نقتصر على القانونين (العراقي والمصري) إستبعاداً للأطالة المملة.

اولاً: القانون المدني العراقي القائم:

تناولت المادة الاولى من هـذا القـانون في فقراتهـا الـثلاث تخويـل القاضـي سـلطة الاجتهاد في مورد النص وفيما لانص فيه كالاتي: -

أ- خصصت الفقرة الاولى لحالة مورد الـنص فنصـت علـى أنـه (تسـري النصـوص التشريعية على جميـع المسـائل الـتي تتناولهـا هـذه النصـوص في لفظهـا أو في فحواها) وهذه الفقرة ناقصة ومعيبة فهي أقتصـرت علـى طـريقتين مـن طـرق إستنباط القاضي الحكم من النص: -طريقة المنطوق الصريح للنص وفي هذه الحالة لايحتاج القاضي الى الاجتهاد.

وطريقة المفهوم الموافق، والقول بحاجة القاضي للاجتهاد في هذه الحالة يتوقف على تحديد تكييف المفهوم الموافق[١] فاذا كُيف يقاس المسكوت عنه على المنطـوق بـه في الحكم لاشتراكهما في علته يكون القياس عمليـة اجتهاديـة علـى القاضـي ان يلجأ اليها. وأما اذا كيف بانه من قبيل الدلالـة اللفظيـة العرفيـة الحقيقيـة أو المجازية فلا داعي للاجتهاد.

وفي جميع الاحوال المادة ناقصة لانها أقتصرت على طريقتين لاستخراج الحكم مـن النص (المنطوق الصريح والمفهوم الموافق) في حين ان طـرق الاسـتنباط في الواقـع ونفس الامر ست كما ذكرنا ذلك سـابقاً مرارا وهـي (المنطـوق الصـريح للـنص وإقتضاء النص، واشارة النص، وإيماء النص، والمفهوم الموافق، والمفهـوم المخـالف) ولتصحيح هذا الخطـأ الجسـيم مـن الضـروري تبـديل تعـبير (في ألفاظهـا أو في فحواها) بعبارة (بمنطوقها أو مفهومها).

---

[١] كيفه البعض بأنه دلالة المفهوم الموافـق عقليـة قياسـية اجتهاديـة والقاضـي اذا لم يـدرك علـة الحكم المشتركة بين المنطوق به والمسكوت عنه لايستطيع إلحاق الثـاني بـالاول في الحكـم ولا يعني القياس سوى ذلك. وذهب البعض الى أن الدلالة لفظية مجازية مـن قبيـل ذكـر الخـاص وإرادة العام.

وقال جماعة دلالة لفظية حقيقية عرفية. لمزيـد مـن التفصـيل يراجـع مؤلفنـا أصـول الفقـه في نسيجه الجديد٢/ ٤٩١ ومايليها

وقد تناولت الفقرة الثانية والثالثة من هذه المادة الاجتهاد القضائي في حالة غياب النص.

ب- الفقرة الثانية: (فأذا لم يوجد نص تشريعي يمكن تطبيقه، حكمت المحكمة بمقتضى العرف فاذا لم يوجد فبمقتضى مبادىء الشريعة الاسلامية الاكثر ملائمة لنصوص هذا القانون دون التقيد بمذهب معين فان لم يوجد فبمقتضى قواعد العدالة.

والمشرع كما هو واضح خول القاضي سلطة الاجتهاد والاستعانة بالطرق الثلاث الاتية مع رعاية التسلسل الاتي: -

اولاً: -العرف: -ثانياً: مبادىء الشريعة الاسلامية ثالثاً: قواعد العدالة.

وعيوب هذه الفقرة هي الآتية: -

١. تقديم العرف على الشريعة[1] مع ان الشريعة من النظام العام لايجوز الاتفاق على مخالفتها بخلاف العرف.
٢. اذا تعارض العرف والشريعة يقدم العرف حسب التسلسل المذكور وهذا في بلد ينص دستوره على ان دين الدولة الرسمي هو الاسلام.
٣. خلط المشرع بين الشريعة والفقه الاسلامي مع أن الشريعة نصوص وأحكام القرآن والسنة النبوية وهي ملزمة عقيدة وعملا وثابته لاتتغير بالزمان والمكان والاشخاص واختلاف المصالح وغير قابلة للخطأ بخلاف الفقه الذي هو شرح لتلك النصوص وهو غير ملزم وغير ثابت وقابل للخطأ والتغيير.
٤. تعبير مبادىء الشريعة الاسلامية خطأ لايغتفر لانها وحي والمبادىء من بنات أفكار الانسان.
٥. قواعد العدالة مجهولة ومبهمة وغير محددة للقاضي فما هي هذه القواعد هل هي شرعية أو قانونية أو أصولية أو منطقية أو عقلية.

---

[1] مشروع القانون المدني العراقي القائم تم اعداده من قبل لجنة مشكلة من الاعضاء العراقيين برئاسة المرحوم السنهوري وكانت الشريعة مقدمة على العرف حين إكمال المشروع وبعد رجوع السنهوري الى القاهرة قدم الاعضاء العراقيون العرف على الشريعة فكتب لهم السنهوري رسالة يعاتبهم فيها على هذا الصنيع. وقد أطلعت على هذه الرسالة لدى الاستاذ ضياء الشيت خطاب رئيس محكمة التمييز سابقاً.

٦. وإحالة القاضي الى مجهول أو مفهوم عام غير واضح المعالم مرفوض في المنطق ولدى العقل السلم.

جـ - الفقرة الثالثة وتسترشد المحاكم في كل ذلك بالاحكام التي أقرها القضاء والفقه في العراق ثم في البلاد الاخرى التي تتقارب قوانينها مع القوانين العراقية.

ولهذه الفقرة أيضا عيوب ومنها: -

١. حكم القاضي بما أقره الفقه أو القاضي في العراق أو في بلد آخر تتقارب قوانينها مع القوانين العراقية من باب التقليد دون الاجتهاد.
٢. لكل قضية ظروفها وخلفياتها الخاصة ولو كانت القضايا متناظرة فلا يجوز للقاضي ان يحكم في قضية معينة بما حكم به في نظيرها القاضي السابق أو الفقيه لان إختلاف الحكم باختلاف الظروف والزمان والمكان والاشخاص أمر وارد.
٣. قد يكون القاضي السابق او الفقيه غير مصيب في حكمه لانه مجتهد وكل مجتهد كما يكون مصيبا قد يكون مخطئا، ففي الحالة الثانية يتكرر الخطأ في اجتهاد القاضي المعتمد على الحكم السابق اذا حكم بنفس الحكم.
لكن اذا كانت الاستعانة بالسوابق القضائية لمجرد الاسترشاد دون الحكم فهو مقبول بغض النظر عن التقارب وعدمه بين القوانين.
٤. الحكم باحكام بلد أخر رغم تقارب القوانين أمر ترفضه فلسفة القانون لان المفروض في قانون كل بلد أنه يستقى من واقعه وطبيعة حياته لذا قال مونتسكيو كما ذكرنا سابقا ان قانون مجتمع لايصلح لمجتمع أخر.

ثانياً: القانون المدني المصري القائم[١]

وقع المشرع المصري في نفس الاخطأ التي وقع فيها المشرع العراقي في المادة الاولى التي نصها: (تسري النصوص التشريعية على جميع المسائل التي تتناولها هذه النصوص في ألفاظها أو في فحواها فإذا لم يوجد نص تشريعي يمكن تطبيقه حكم القاضي بمقتضى العرف فاذا لم يوجد فبمقتضى مبادىء الشريعة الاسلامية فاذا لم يوجد فبمقتضى مبادىء

---

[١] رقم ١٣١ لسنة ١٩٤٨.

القانون الطبيعي وقواعد العدالة). ولامبرر لتكرار أخطأ القانون المدني العراقي في التعليق على القانون المدني المصري أيضا ولكن من الضروري الاشارة الى خطأ انفرد به القانون المدني المصري وهو اضافة عبارة القانون الطبيعي فهذا القانون عاش ويعيش بين الحقيقة والخيال.

فاذا أريد به القانون الالهي فتنطبق عليه المواصفات التي ذكرها علماء القانون للقانون الطبيعي واذا أريد به القانون الذي يستقى من طبيعة واقع المجتمع يكون له حقيقة أيضا لكن ليس أبديا وخالدا ومثاليا.

اما اذا أريد به ماقاله بعض فقهاء القانون كالمرحوم السنهوري والمرحوم الاستاذ عبدالباقي البكري والاستاذ الدكتور منذر الشاوي من أنه قانون أبدي وأزلي ومثالي وثابت لا يتغير بتغير الزمان والمكان وعلى المشرع الوضعي أن يطور القانون في ضوئه فهو من باب الخرافات ونسيج الخيال. ونقترح ان تكون صياغة المادة الاولى في كلا القانونين العراقي والمصري كالاتي:

١-تسري النصوص التشريعية على جميع المسائل التي تتناولها هذه النصوص بمنطوقها أو مفهومها.

٢- فاذا لم يوجد نص تشريعي يمكن تطبيقه حكمت المحكمة بمقتضى القواعد العامة المتمثلة بالمصادر التبعية في أصول الفقه الاسلامي.

٣- تسترشد المحاكم في اجتهاداتها بالقواعد الفقهية العامة في الفقه الاسلامي دون تقيد بمذهب معين وبالسوابق القضائية الصائبة العادلة في نظائرها.

ربِّ زدني علما والحقني بالصالحين

الصلة

بين المنطق والقانون

تأليف

الدكتور مصطفى ابراهيم الزلمي

الاستاذ المتمرس في الشريعة والقانون

﴿وَمَن يُؤْتَ ٱلْحِكْمَةَ فَقَدْ أُوتِيَ خَيْرًا كَثِيرًا﴾

سورة البقرة/٢٦٩

(عليك بالحكمة فإن الخير في الحكمة)

الحديث الشريف

(من لا معرفة له بالمنطق لا ثقة بعلمه)

الغزالي

(المنطق ميزان العلوم)

ابن سينا

الفهرس

مقدمة

ان القانوني يعيش مع النصوص، والنصوص هي حقل العمل القانوني، فكما أن هنالك قوانين تنظم علاقة الانسان مع الانسان في متطلبات الحياة، كذلك هنالك ثلاثة قوانين تنظم علاقة القانونيين مع النصوص:

الأول- قانون اللغة (لغة النص):

وهو يحفظ لسان القانوني عن الخطأ في التلفظ، وقلمه عن الخطأ في الكتابة، وإعداده للمشروع القانوني عن الخطأ في الصياغة الفنية الدقيقة للنصوص القانونية.

الثاني-قانون اصول الفقه:

وهو يعصم ذهن الفقيه، والقاضي، والمحامي... عن الخطأ في استنباط الاحكام من نصوصها، والفروع من اصولها.

الثالث-قانون المنطق:

وهو يحمي عقل المفكر القانوني عن الخطأ في التفكير والاجتهاد والاستدلال، وتكييف الوقائع، وتصميم البحوث القانونية، وترتيب عرضها. ولشيوع الصلة بين القانونين الاولين وبين النصوص، أقتصر في هذا البحث على عرض وبيان بعض الاحكام المنطقية والقانونية تؤكد الصلة بين علم المنطق والقانون، وتبين ما للمنطق من اهمية كبيرة في القانون من زاوية تشحيذ ذهن القانوني، وتعميق تفكيره بحيث يجعله يغوص في عمق بحار النصوص بدلاً من السباحة فوق سطوحها.

تعريف المنطق:

من المتعذر تعريف المنطق بما يشمل كافة انواعه، ولكن الذي يهمنا في هذا البحث هو المنطق الارسطي (التقليدي) الذي له العلاقة مع النصوص وكيفية الاستدلال، وطبيعة الاستنباط للوصول الى الحكم العادل الذي تستهدف النصوص التشريعية والقانونية تحقيقه.

وهذا النوع من المنطق قد عرف بتعريفات متعددة كلها تدور حول محور واحد وهو ان المنطق يعصم الذهن عن الخطأ في التفكير والاستدلال والاستنتاج.

فقد عرفه الفارابي بأنه: ((مجموعة قوانين تستخدم لقياس المعقولات، كما تستخدم الموازين والمكاييل في قياس الاجسام[١].

وعرفه ابن سينا بأنه: ((قانون صناعي عاصم للذهن عن الزلل، مميز لصواب الرأي من الخطأ))[٢].

وعرفه الغزالي بأنه: ((القانون الذي يميز الحد[٣]، والقياس[٤] من غيره، وكأنه الميزان او المعيار للعلوم كلها، وكل ما لم يوزن بالميزان لا يتميز فيه الرجحان من النقصان ولا الربح من الخسران))[٥].

وعرفه توما الاكويني بأنه: ((الفن الذي يقودنا بنظام وسهولة وبدون خطأ في عمليات العقل الاستدلالية))[٦].

ونستنتج من هذه التعريفات وغيرها: ان للمنطق علم تحليلي عقلي فهو علم التفكير السليم او علم قوانين الفكر الذي يميز بين الصحيح والفاسد، وبين الصواب والخطأ من بنات افكار الانسان الاستدلالية والاستنتاجية.

فالمنطق بالمعنى العام آلة العلوم، فالعلوم الطبيعية، والاجتماعية، والقانونية، والاصولية.. تستخدم قواعده وتحتاج اليه وهو لا يحتاج الى تلك العلوم.

اهمية المنطق:

اكتفي في بيان اهمية المنطق بالجملة المختصرة الجامعة البديعة التي قالها الفيلسوف الغزالي قبل زهاء تسعمائة سنة: وهي: ((من لا معرفة له بالمنطق لا ثقة بعمله)).

---

(١) الفارابي ابو النصر: احصاء العلوم. نقلاً عن الدكتور مهدي فضل الله: مدخل الى علم المنطق (المنطق التقليدي)، ص١٨.

(٢) ابن سينا: منطق الاشارات والتنبيهات، ص٢٢.

(٣) التعريف بالذاتيات.

(٤) القياس المنطقي.

(٥) الغزالي ابو حامد: مقاصد الفلاسفة تحقيق سليمان دنيا–دار المعارف القاهرة، ١٩٦١، ص٣.

(٦) توما الاكويني: البصائر النُصرية نقلاً عن مدخل الى علم المنطق المرجع السابق، ص١٨.

موضوعه:

المعلومات التصورية والتصديقية من حيث الاستعانة بها لكشف المجهولات التصورية والتصديقية[١].

غايته:

الغاية المتوخاة من المنطق هي عصمة ذهن الانسان عن الخطأ حين الاكتسابين التصوري والتصديقي.

نشأته:

نشأ علم المنطق منذ اخذ الانسان يتسائل عن الوجود، وعن مظاهر هذا الكون العظيم، يتفكر فيستدل ثم يحكم!!

يقول بعض الباحثين: ان ٩٩٪ من الناس هم منطقيون بالفطرة من حيث لا يعلمون. ولكن تولّد هذا العلم نظرياً ودراسياً وتطبيقياً حين كان ارسطو (٤٢٧ - ٣٤٧ ق.م) يرد على السوفسطائيين فيأخذ بمسلماتهم ثم يُجبهم على وضعها في مقدمات عن طريق القياس المنطقي ثم يرغمهم على التسليم بالنتائج.

ولعل أول من استخدم المنطق للوصول الى معرفة خالقه هو سيدنا ابراهيم عليه السلام كما يرويه القرآن الكريم في قوله تعالى ﴿وَكَذَلِكَ نُرِي إِبْرَاهِيمَ مَلَكُوتَ السَّمَاوَاتِ وَالأَرْضِ وَلِيَكُونَ مِنَ الْمُوقِنِينَ. فَلَمَّا جَنَّ[٢] عَلَيْهِ اللَّيْلُ رَأَى كَوْكَباً قَالَ هَذَا رَبِّي فَلَمَّا أَفَلَ[٣] قَالَ لا أُحِبُّ الآفِلِينَ. فَلَمَّا رَأَى الْقَمَرَ بَازِغاً[٤] قَالَ هَذَا رَبِّي فَلَمَّا أَفَلَ قَالَ لَئِن لَّمْ يَهْدِنِي رَبِّي لأَكُونَنَّ مِنَ الْقَوْمِ الضَّالِّينَ. فَلَمَّا رَأَى الشَّمْسَ بَازِغَةً قَالَ هَذَا رَبِّي هَذَا أَكْبَرُ فَلَمَّا أَفَلَتْ قَالَ

---

[١] العلامة اسماعيل الكلنبوي: البرهان، مطبعة السعادة، القاهرة، ص١٥.

العلامة زكريا الانصاري: شرح ايساغوجي في المنطق ص٢٠ وما بعدها.

[٢] أظلم.

[٣] غاب.

[٤] طالعاً.

يَا قَوْمِ إِنِّي بَرِيءٌ مِّمَّا تُشْرِكُونَ، إِنِّي وَجَّهْتُ وَجْهِيَ لِلَّذِي فَطَرَ السَّمَاوَاتِ وَالأَرْضَ حَنِيفاً[١] وَمَا أَنَاْ مِنَ الْمُشْرِكِينَ﴾ [٢].

تطور المنطق:

على الرغم مما ذهب اليه البعض مثل كانت من ان المنطق ولد كاملاً ومتكاملاً منذ لرسطو فلم يتقدم خطوة الى الامام كما لم يتراجع الى الوراء، الا ان المنطق الأرسطي قد تطور بفضل علماء المسلمين في العالم العربي والاسلامي، وبسبب بعض المفكرين في القرون الثلاثة الأخيرة في العالم الاوروبي تطوراً ملحوظاً. فحين كان منطق أرسطو يفتقد للمنهج التجريبي، وكان يصلح لمعالجة الكليات اكثر مما يصلح للبحث في الامور الجزئية، نرى ان ابن سينا قرب المنطق الى المنهج التجريبي عن طريق معالجة الجزئيات ثم الانتقال منها الى الكليات. وقد دمج المتكلمون من فلاسفة المسلمين القواعد العقلية المنطقية بالادلة النقلية الشرعية لمناقشة المعارضة في الفكر الاسلامي، ولاقناع الخصوم بالحكمة والموعظة الحسنة، كما يأمر به القرآن الكريم: ﴿ادْعُ إِلِى سَبِيلِ رَبِّكَ بِالْحِكْمَةِ وَالْمَوْعِظَةِ الْحَسَنَةِ وَجَادِلْهُم بِالَّتِي هِيَ أَحْسَنُ﴾[٣].

وكذلك كان لعلماء اصول الفقه دور ملموس في تطوير علم المنطق وتثبيت كثير من قواعده في علم اصول الفقه بغية الاستعانة بها حين استنباط الاحكام من نصوصها واستخراج الفروع من اصولها.

اما في العالم الاوروبي فقد ساهم كثير من علماء القرن الثامن عشر والتاسع عشر والعشرين في تطوير المنطق. ومن هؤلاء فرنسيس بيكون الذي وضع قواعد المنهج التجريبي، ورسم الخطوط الاولى لمنطق استقرائي يختلف في جوهره وثماره عن المنطق الارسطي، وكذلك ستيوارت مل الذي طوّر منهجه الى العلم التجريبي العملي حتى يساهم في العلوم الاخرى.

---

[١] مائلا الى الدين القيم.

[٢] سورة الانعام الاية ٧٥-٧٩.

[٣] سورة النحل ١٢٥.

صلة المنطق بالعلوم الاخرى:

بعد محاولات تطوير المنطق ظهرت اتجاهات بصدد صلة المنطق بالعلوم الاخرى أهمها:

١-الاتجاه اللغوي:

يرى علماء اللغة: ان العلاقة وثيقة بين اللغة والمنطق لان الاول تعبير ظاهري والثاني تفكير باطني، فاللغة تمثيل حيّ للمدرك الذهني.

وقد انقسم علماء النحو من المسلمين، فمنهم من قبل بالتقسيمات المنطقية في النحو ومنهم من رفض ذلك كالخليل وسيبويه. ولكن أخيراً انتصر النحو المنطقي وانتهى الامر بسيادته.

٢-الاتجاه الميتافيزيقي:[١]

يرى انصار هذا الاتجاه من برانتل وهيجل وغيرهما: ان المنطق هو علم الفكر الضروري من حيث انه مطابق مع الوجود، او كما يقول الهيجليون: علم الفكرة المجردة، ولانه في مبادئه واقسامه ميتافيزيقي كمبدأ عدم التناقض، ومبدأ ان لكل معلول علة وان الشئ هو هو...

٣-الاتجاه الاجتماعي:

يبني بعض علماء الاجتماع الصلة بين علم المنطق وعلم الاجتماع على اساس ان قواعده مجعولة بجعل المجتمع الذي صنع المنطق في زمن اجتماعي متأخر فأوجد تصور الحقيقة، والصدق، والحق... وغيرها من معايير اجتماعية. ومن زعماء هذا الاتجاه دوركايم الذي يقول ان المجتمع هو الذي اعطى الخطوات الاولى التي بنى عليها الفكر المنطقي.

---

[١] ميتافيزيقيا: فرع من الفلسفة يبحث عن الحقيقة الاولية للوجود، سماها ارسطو الفلسفة الاولى. واطلقت على ما وراء الطبيعة. وهي عند الكندي: الفلسفة الاولى وبحث الربوبية. وعند الفارابي: العلم بالموجود بما هو موجود. وعند ابن سينا. العلم الالهي. وعند ابن الرشد: النظر في الموجود بما هو موجود. وكل هذه التعريفات تدور حول محور واحد وهو الموجود الذي خرج من عالم المحسوس الى عالم المعقول. انظر الموسوعة العربية الميسرة، ص١٧٩٥.

٤-الاتجاه السيكلوجي:

حاول بعض العلماء، ومنهم (كانت) ربط علم المنطق بعلم النفس على اساس ان منبع الاعمال العقلية والارادية هو الشعور، وبذلك يمكن رد المنطق الى سيكلوجية العقل ورد الاخلاق الى سيكلوجية الارادة، وان صور الفكر وقوانينه خاضعة للبناء النفسي أو بناء الشعور.

٥-الاتجاه الرياضي:

ظهر أخيراً اتجاه يؤكد الصلة الوثيقة بين علم المنطق وبين الرياضيات، ونتيجة لذلك ظهر ما يسمى بالمنطق الرياضي[١].

ومن المؤسف ان لا نجد من بين هذه الاتجاهات الاتجاه القانوني الذي يتولى بيان الصلة بين علم المنطق وبين القانون، مع ان هذه الصلة في اعتقادي اقوى من كل علاقة بين المنطق وبين أيّ علم آخر.

وهذا ما دفعني الى تقديم هذا الجهد المتواضع الى الاسرة القانونية بصفتي حائزا لبعض الاوليات المنطقية والقانونية[٢]. ولا أدعي الاهلية الكاملة للوفاء بهذا الالتزام الادبي كما هو المطلوب، ولكن يقال: ((ما لا يدرك كله لا يترك جله)). فاحاول قدر الاستطاعة ان اتناول بالبحث الموضوعات التالية:

١-المنطق ودلالات النصوص القانونية.

٢-المنطق وتفسير المصطلحات القانونية.

---

[١] أنظر الدكتور علي عبدالمعطي محمد، المنطق ومناهج البحث العلمي في العلوم الرياضية والطبيعة، ص٤٣ وما بعدها.

الدكتور علي سامي النشار، المنطق الصوري منذ أرسطو وتطوره المعاصر، ط١ ص٣٦ وما بعدها.

[٢] قرأت على يد بعض اساتذتي من علماء الاكراد في شمالي العراق خلال أعوام ١٩٣٩-١٩٤١ بعض الكتب المنطقية منها: شرح زكريا الانصاري على متن ايساغوجي في المنطق. وتهذيب المنطق للتفتازاني مع شرح الخبيصي وحاشية اليزدي، وتحرير القواعد المنطقية شرح رسالة الشمسية للعلامة قطب الدين الرازي، وكتاب البرهان للعلامة الكلنبوي وقمت بتدريس هذه المواد في المدارس الاسلامية في محافظة السليمانية خلال فترة ١٩٤٦-١٩٥٥. وانتميت الى الاسرة القانونية ١٩٦٠ في كلية القانون والسياسة (كلية الحقوق سابقاً) جامعة بغداد. متعلماً. ومنذ ١٩٧٦ امارس مهنة التدريس في نفس الكلية معلماً.

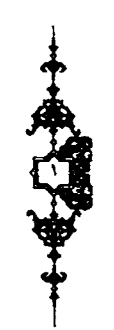
٣-المنطق وتقسيم الموضوعات القانونية.

٤-المنطق والخلط بين المصطلحات القانونية.

٥-المنطق والقواعد القانونية.

٦-المنطق والادلة القضائية.

وذلك في فصول ستة حسب التسلسل المذكور.



الفصل الأول
المنطق ودلالات النصوص

توزع محتويات هذا الفصل على مبحثين:

الاول في الدلالة واقسامها.

والثاني في طبيعة دلالات النصوص على الاحكام.



المبحث الاول

الدلالة واقسامها

الدلالة:

هي كون الشيئ بحالة يلزم من العلم به – بعد العلم بتلك الحالة – العلم بشئ آخر. فالاول دال، والثاني مدلول، والحالة هي اساس التلازم بينهما: فان كانت وضعاً فالدلالة وضعية، وان كانت طبعاً فطبيعية، وان كانت عقلاً فعقلية. وبناء على ذلك تكون اقسام الدلالة باعتبار هذه الحالة ستة:

١-الدلالة اللفظية الوضعية:

كدلالة اقرار المقر قانوناً وشرعاً على ثبوت المُقرّ به اذا توافرت شروطه، سميت لفظية لأن اساسها هو التلفظ، وسميت وضعية لأن اللفظ موضوع لمعنى محدد لا يُفسَر بغير اقرار الشخص وافادته.

٢-الدلالة اللفظية الطبيعية:

كدلالة بعض كلمات يوجهها المحقق الى المتهم وتثير في نفسه انفعالات شديدة لما لها من صلة بموضوع الجريمة على ثبوت التهمة الموجهة اليه دلالة ظنية قابلة لاثبات العكس. وهنا سميت الدلالة لفظية لأنها ناشئة من ألفاظ يوجهها المحقق إلى المتهم، أو ألفاظ ينطق بها المتهم، وسُميت طبيعية لأن ردود الأفعال والإنفعالات هي ظواهر طبيعية دالّة على شيء ما بالطبع.

٣-الدلالة اللفظية العقلية:

كدلالة الالفاظ المتضاربة والمتعارضة في افادات الشهود بصدد التهمة الموجهة الى المتهم على عدم ثبوت هذه التهمة ثبوتاً مقنعاً للمحكمة المختصة. سميت عقلية لأنها ناشئة من استنتاج عقلي لما يدور في الألفاظ المتضاربة.

٤-الدلالة غير اللفظية الوضعية:

كدلالة اشارات المرور الدولية والداخلية المنصوبة على الطرق والشوارع العامة على المعاني المعنية بها في قانون المرور.

٥-الدلالة غير اللفظية الطبيعية:

كدلالة التغيرات الفيزيولوجية على ثبوت التهمة الموجهة الى المتهم. وقد كان الفيلسوف اليوناني مؤسس علم المنطق اول من استخدم هذه الدلالة لكشف الجريمة، فكان يجسّ نبض الشخص المعني بالاستجواب ليعرف هل هو صادق في كلامه او لا ، فإذا أسرع نبضه دلّ ذلك دلالة طبيعية على اضطرابه، وكذبه. وإن كان نبضه عادياً دلّ على العكس. كما استخدم الصينيون القدماء طريقة وضع الرز الجاف غير المطبوخ في فم المتهم فان بقي جافا في فمه بعد التحقيق دل ذلك دلالة غير لفظية طبيعية على انه هو الجاني. والعلاقة بين الدال والمدلول هي الطبيعة، لان من مقتضى طبيعة الغدد اللعابية افراز اللعاب في الحالة الاعتيادية، وعدم الافراز في حالتي الخوف والانفعال. وهذا شبيه في الوقت الحاضر بما يسمى (جهاز كشف الكذب) الذي يستعمل لقياس تنفس المتهم، او ضغط دمه، او درجة مقاومة جلده لتيار كهربائي مما يظهر عليه اثناء التحقيق معه[١].

٦-الدلالة غير اللفظية العقلية:

كدلالة هذا الكون العظيم الذي لا تزال عقول علماء الفضاء حيارى، اين يبدأ واين ينتهي؟! على وجود الخالق وهو الله سبحانه وتعالى. وهذا ما يسمى في علم الفلسفة البرهان الإني، أي الإستدلال بالأثر على وجود المؤثر. ويقابله البرهان اللمي، أو الإستدلال بالمؤثر على وجود الأثر، كالإستدلال بالجراثيم والميكروبات في الدم بعد الإختبار على وجود نوع معين من المرض في شخص المريض.

وكدلالة بعض آثار الجريمة على ثبوت التهمة الموجهة الى المتهم عن طريق الاستدلال الانيّ ((الاستدلال بالاثر على المؤثر)).

---

[١] انظر الدكتور سلطان الشاوي، اصول التحقيق الاجرامي، ص٢٢٠.
الدكتور حسين محمد علي، الجريمة واساليب البحث العلمي، ص٢٨٧.
الدكتور سعد جلال، اسس علم النفس الجنائي علماً وعملاً، ص٢٨٩.
قد يلجأ المحقق إلى ايجاد طرق مختلفة للتوصل إلى الدليل الذي يتقرر بواسطته نتيجة التحقيق، من تخويف وإرهاب وتعذيب نفسي أو جسدي للمتهم، ولم ترد الإشارة إلى نوع الدلالة لتلك الحالة ومدى لمكان الركون إليها.

المبحث الثاني
طبيعة دلالات النصوص على الاحكام
في ضوء علم المنطق

تسري النصوص التشريعية والقانونية على جميع العلاقات التي تتناولها وتدل على احكامها بدلالة من هذه الدلالات الست الآتية:

١-دلالة المنطوق.

٢-دلالة مفهوم الموافقة.

٣-دلالة مفهوم المخالفة.

٤-دلالة الاشارة.

٥-دلالة الاقتضاء.

٦-دلالة الايماء.

وفي ضوء قواعد علم المنطق ترجع هذه الدلالات الست الى الدلالات المنطقية الثلاث الآتية:

١-دلالة المطابقة (أو الدلالة المطابقية).

٢-دلالة التضمن (أو الدلالة التضمنية).

٣-دلالة الالتزام (أو الدلالة الالتزامية).

كما يتضح من التفصيل الآتي.

اولاً-الدلالة المطابقية:

وهي دلالة لفظ النص على تمام المعنى الموضوع له لغةً أو شرعاً او قانوناً او عرفاً، فاذا كان للنص منطوق ومفهوم، فدلالته على كليهما معاً مطابقية (اي ان الدال مطابق للمدلول ليس زائداً ولا ناقصاً).

ثانياً–الدلالة التضمنية:

وهي دلالة لفظ النص على بعض من معناه الموضوع له[1] ضمن المجموع.

وتتجلى هاتان الدلالتان (المطابقية والتضمنية) في المادة (٢٣٧) من قانون العقوبات المصري النافذ التي تنص على ان ((من فاجأ زوجته حال تلبسها بالزنا وقتلها في الحال، هي ومن يزني بها، يعاقب بالحبس بدلاً من العقوبات المقررة في المادتين (٢٣٢ و٢٣٦)).

فهذا النص يدل بمنطوقه على تخفيف عقوبة جريمة القتل من الاعدام، او السجن المؤبد، او الاشغال الشاقة المؤبدة، أو المؤقتة، أو السجن الى عقوبة الحبس (اي مدة لاتتجاوز خمس سنوات).

ويدل بمفهومه – من باب أولى – على تخفيف عقوبة العاهة المستديمة اذا اصابهما بهذه العاهة بدل القتل، وعلى تخفيف عقوبة الشروع اذا خاب الاثر بسبب لا يعود الى ارادته.

وانما ذكرتُ هذه المادة للمصرية، لأن قانون العقوبات العراقي النافذ المادة (٤٠٩) جعل حالة العاهة المستديمة منطوقاً للنص فذكرها صراحة. لكن النص العراقي ايضاً يدل بمفهوم الموافقة على تخفيف عقوبة الشروع اذا فاجأ زوجته او احدى محارمه في حالة تلبسها بالزنا او وجدهما في فراش واحد وبدأ بقتلهما وأوقف أو خاب الأثر لاسباب لا دخل لارادته فيها[2].

ففي هاتين المادتين المصرية والعراقية دلالة الاولى على مجموع المنطوق (تخفيف عقوبة القتل) والمفهوم (تخفيف عقوبة العاهة والشروع) دلالة مطابقية. ودلالة الثانية على مجموع المنطوق (عقوبة القتل والعاهة) والمفهوم (عقوبة الشروع) دلالة مطابقية.. ودلالة كل منهما على المنطوق فقط او المفهوم فقط ضمن المجموع دلالة تضمنية[3].

ومن الجدير بالذكر ان دلالة النص على مفهوم الموافقة دلالة لفظية وضعية قانونية أو شرعية، وليست دلالة اجتهادية عقلية قياسية، وذلك بناء على مبدأ الشرعية (لا جريمة ولا عقوبة الا بناء على نص).

---

[1] المعنى الموضوع له أنسب، لأن معنى الموضوع له يُفهم منه وجود معناه الموضوع لغيره، وهو ما لا يقصده المتكلم.

[2] انظر المواد (٣٠، ٣١، ٣٢، ٤٠٥، ٤٠٦، ٤٠٩، ٤١٢) من قانون العقوبات العراقي النافذ رقم (١١١) لسنة ١٩٦٩.

[3] كما في حالة كون الجريمة قتلاً فقط، او عاهة فقط، او شروعاً فقط، او قتلاً لاحدهما وعاهة او شروعا للآخر.

وقوله تعالى ﴿ إِنَّ الَّذِينَ يَأْكُلُونَ أَمْوَالَ الْيَتَامَى ظُلْماً إِنَّمَا يَأْكُلُونَ فِي بُطُونِهِمْ نَاراً وَسَيَصْلَوْنَ سَعِيراً ﴾[1]. يدل بمنطوقه على تحريم اكل مال اليتيم ظلماً وبمفهومه يدل على تحريم كل اتلاف يضرّ بماله، أياً كان نوع هذا الاتلاف وطبيعته، ما لم يكن هناك مبرر لذلك.

ودلالته على مجموع الاكل والاتلاف مطابقية، وعلى احدهما فقط ضمن المجموع تضمينه.

ثالثاً-الدلالة الالتزامية:

وهي دلالة النص دلالة عقلية التزامية على حكم لازم لمنطوق النص أو مفهومه حيث ينتقل ذهن القاضي من العلم بالمنطوق او المفهوم الى هذا الحكم اللازم تلقائياً. وكدلالة لفظ العقد على مجموع الإيجاب والقبول دلالة مطابقية، وعلى أحدهما فقط ضمن المجموع دلالة تضمنية، وعلى جميع الحقوق والإلتزامات المترتبة على العقد دلالة التزامية.

وترجع بقية الدلالات الاربع (أي ما عدا المنطوق والمفهوم) للنصوص الى الدلالة الالتزامية العقلية كما يتبين من الايضاح الآتي:

١-دلالة مفهوم المخالفة:

اذا ذكر المشرع في النص قيدا معتبا في الحكم بحيث يدور معه وجوداً وعدما، فاذا تحقق هذا القيد، يطبق القاضي منطوق النص، اي ما يدل عليه النص دلالة مطابقة، اذا لم يكن له مفهوم الموافقة ودلالة التضمن حين وجود مفهوم الموافقة له. وان تخلف القيد فان القاضي يطبق مفهوم المخالفة وهو الحكم الذي يدل عليه النص دلالة التزامية عقلية ويكون مخالفاً للحكم المنوط بالقيد. حيث ان علم القاضي بدوران الحكم مع القيد وجوداً وعدماً يستلزم علمه بضرورة تطبيق الحكم المخالف في حالة تخلف القيد.

فالمادة (١٢٩/١) من القانون المدني العراقي النافذ تنص على انه يجوز ان يكون محل الالتزام معدوما وقت التعاقد اذا كان ممكن الحصول في المستقبل وعُين تعييناً نافياً للجهالة) فتدل بمنطوقها دلالة مطابقة على جواز كون محل الالتزام معدوماً حين انشاء العقد، اذا توفر القيدان المذكوران (امكان الحصول والتعيين النافي للجهالة)، وتدل بمفهومها المخالف دلالة التزامية عقلية على عدم جواز ذلك اذا تخلف احد القيدين او كلاهما.

---

[1] سورة النساء/ ١٠.

والمادة (٤٥٩) من المشروع للقانون المدني العراقي الجديد تدل بمنطوقها على ان ((كل من استعمل مال غيره بغير حق التزم بالتعويض))، وتدل بمفهومها المخالف على ان كل من استعمل مال غيره بحق لا يلتزم بالتعويض.

٢-دلالة الاشارة (لازم وملزوم):

وهي دلالة النص دلالة التزامية عقلية على حكم غير مقصود من النص اصالة، ولكنه لازم للحكم المدلول عليه لزوماً عقلياً. فالمادة (٣٧٨/١) من قانون العقوبات العراقي النافذ تدل بمنطوقها على انه ((لا يجوز تحريك دعوى الزنا ضد اي من الزوجين او اتخاذ أي أجراء فيها الا بناء على شكوى الزوج الاخر))، وتدل دلالة اشارة (دلالة التزامية عقلية) على ان جريمة أحد الزوجين اعتداء على حق خاص للزوج الاخر. وكذلك للمادة (٣٧٩/١) تدل بمنطوقها على ان ((للزوج المجني، ان يمنع السير في تنفيذ الحكم الصادر على زوجه))، وتدل ايضاً دلالة اشارة (دلالة التزامية عقلية) على نفس الحكم السابق (الجريمة اعتداء على حق خاص)، خلافاً لما أقرته الشريعة الاسلامية من ان جريمة الزنا من جرائم الحدود وهي تمثل الاعتداء على حق عام (حق المجتمع في اخلاقه وآدابه وقيمه)، وان لكل فرد من هذا المجتمع الحق في تحريك الدعوى اذا تكررت الجريمة أو وصلت حد الاستهتار بالاخلاق والقيم والدين. اما اذا كانت للمرة الاولى فالشريعة الاسلامية تأمر الستر للحفاظ على سمعة العائلة. يقول الرسول الكريم ﷺ (من ستر على أخيه ستر الله عليه يوم القيامة). ثم ان عقوبة جريمة الزنا من عقوبات الحدود وهي لا تقبل الصلح ولا العفو ولا التخفيف ولا التشديد ولا التبديل من أية سلطة فردية او جماعية.

٣-دلالة الاقتضاء:

وهي دلالة النص دلالة التزامية عقلية على وجوب اضافة قيد من قبل القاضي الى النص المعني بالتطبيق حتى يدل على قصد المشرع او المعنى الصحيح للنص. وهذه الاضافة التي يقتضيها النص يترك المشرع ذكرها صراحة اما لوضوحها وسهولة ادراكها او لعدم ادراك أهميتها حين اعداد المشروع والتصديق عليه.

فالمادة (٨٨٠) من المشروع للقانون المدني العراقي الجديد تدل بمنطوقها على ان ((للموكل في أي وقت أن يعزل وكيله او يقيد وكالته)) وتدل دلالة اقتضاء ((دلالة عقلية التزامية)) على ان تطبيقها بصورة صحيحة عادلة تتطلب اضافة قيد ((الا اذا تعلق بالوكالة حق للغير أو كانت قد صدرت لصالح الوكيل)). لانه في حالة تعلق حق الغير

بالوكالة او صدورها لصالح الوكيل لا يجوز للموكل ان يعزل الوكيل بارادته المنفردة ولا ان يقيد الوكالة، بل تبقى وكالته قائمة على الرغم من عزل الوكيل.

وعلى سبيل المثل: اذا اشترطت الزوجة على الزوج حين الزواج أن يوكلها في أن تطلق نفسها اذا تزوج عليها بزوجة أخرى، ثم وكلها وفاءً لهذا الالتزام بموجب المادة (٦/٣) من قانون الاحوال الشخصية النافذ[١] فلا يحق للزوج ان يعزلها عن هذه الوكالة، لانها صدرت لصالحها، وهذا ما اقره فقهاء المالكية[٢].

وهنالك تطبيقات كثيرة في القضايا المدنية بهذا الخصوص منها ما اذا وكل الشركاء في الشيوع شريكاً منهم في ادارة المال الشايع، فهذه الوكالة ليست في صالح الموكلين فحسب، بل هي ايضاً في صالح الوكيل، وكذلك اذا وكل المؤمن له شركة التأمين في الدعوى التي ترفع منه او عليه بسبب الخطر المؤمن به، فان الوكالة تكون في هذا الفرض لصالح الوكيل وهو شركة التأمين. والوكالة لصالح الغير كأن يوكل شخص شخصاً آخر في بيع دار له وفي قبض الثمن ووفاء دين في ذمته للغير من هذا الثمن، فهذه الوكالة في صالح الغير وهو الدائن.

وقد ذكرت اكثر القوانين المدنية هذا القيد صراحة منها القانون المدني المصري النافذ المادة (٧١٥/٢) التي تنص على انه: ((اذا كانت الوكالة صادرة لصالح الوكيل او لصالح أجنبي، فلا يجوز للموكل ان ينهي الوكالة او يقيدها دون رضاء من صدرت الوكالة لصالحه))[٣].

٤-دلالة الايماء:

وهي دلالة النص التزامية عقلية على حكمة تشريع الحكم للمنصوص عليه. فهذه الدلالة تساعد القاضي على تطبيق النص بما يحقق العدالة التامة. فالمادة (٤٠٦) من قانون العقوبات العراقي النافذ تدل بمنطوقها على ان عقوبة جريمة القتل المقترنة بظرف من الظروف المشددة الواردة فيها هي الاعدام، وتدل دلالة ايماء على ان الحكمة من تشريع هذه العقوبة القاسية هي خطورة المجرم على المجتمع التي كشفت عنها جريمته.

---

[١] المادة ٦/٣ (الشروط المشروعة التي تشترط ضمن عقد الزواج معتبرة يجب الايفاء بها.

[٢] الدسوقي على الشرح الكبير ٤٠٦/٢ وما بعدها. شرح الخرشي ٦٩/٤ وما بعدها.

[٣] انظر السنهوري، الوسيط ٦٦٧/٧.

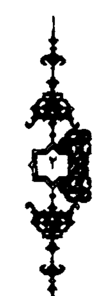
وبعد هذا العرض الموجز لدلالات النصوص وطبيعتها يتبين لنا خطأ المـادة الاولى مـن القانون المدني العراقي النافذ، والمادة الاولى من المشروع للقانون المدني الجديد، والمادة الاولى في اكثر قوانين البلاد العربية، منها القانون المدني المصري... حيث تـنص المـادة الاولى مـن هذه القوانين على انه ((تسرى النصوص التشريعية بلفظها او بفحواها على جميع العلاقـات التي تتناولها)).

وجه الخطأ:

١- ان النصـوص لا تسرى علـى العلاقـات بالفاظهـا لان الالفـاظ قوالـب مجـردة وانمـا بمنطوقها ومفهومها.

٢- تعبير (بفحواها) لايشمل الا صورة واحدة من دلالات النصـوص وهي ان تكون علـة الحكم في المسكوت عنه اقوى منها في المنطوق به. كما في قوله تعالى: ﴿فَلاَ تَقُل لَّهُمَا أُفٍّ﴾. يدل بمنطوقه على تحريم تأفيف الوالدين لما فيه من الايذاء. كمـا يـدل – مـن باب أولى – على تحريم الضرب والشتم... وغيرهما مما يكون فيه الايذاء أقـوى واشـد من ايذاء التأفيف. فهذه الحالة هي صورة من صـور مفهوم الموافقة. وبناء علـى ذلـك لا تسرى النصـوص المدنية على العلاقات التي تتناولها الا في هذا النطـاق الضـيق، وهذا خطأ تشريعي، ولذا عرضت على السـادة أعضـاء لجنة اعـداد المشــروع للقـانون المدني الجديد حين المناقشة تعديل المادة الاولى بما يلي: ((تسرى النصـوص التشـريعية بمنطوقها او بمفهومها على جميع العلاقات التي تتناولها)).

وارجو ان ينال عرضـي واقتراحي القبول.



الفصل الثاني
المنطق وتفسير المصطلحات القانونية

قسم علماء المنطق ادراك الانسان للامور الى التصورات والتصديقات، ثم قسموا كلا منهما الى البدهيات والنظريات (المكتسبات) فقالوا: الصورة الحاصلة من الشيء عند عقل الانسان ان كانت ادراكاً للنسبة التامة الخبرية على سبيل الاذعان فتصديق، والا فتصور. والنظر عبارة عن كسب المجهول من المعلوم. والتصور المعلوم الذي يكتسب به الانسان تصوراً مجهولاً يسمى تعريفاً (قولاً شارحاً)، وعناصره هي الكليات الخمس المعلومة إما بداهة او اكتساباً[1]. والتصديق المعلوم الذي يوصل عقل الانسان الى تصديق مجهول يسمى دليلاً، وعناصره هي القضايا من المقدمات المعلومة لدى المستدل.

وقالوا: قد يقع الخطأ في كل من الاكتسابين التصوري والتصديقي، فيجب ان يكون هنالك قانون يعصم ذهن المفكر عن هذا الخطأ وهو المنطق وموضوعه: المعلومات التصورية والتصديقية.

وغايته: عصمة الانسان عن الخطأ في التفكير حين تعريف وتفسير المصطلحات، والاستدلال على نتائج نظرية غير بدهية.

فهنالك مبادئ تصورية (الكليات الخمس) ومقاصد تصورية (التعريفات) ونخصص لكل من هذه المبادئ والمقاصد مبحثين.



[1] الكلنبوي، البرهان ص١١ وما بعدها.

المبحث الاول

المبادئ التصورية

المبادئ التصورية هي الكليات الخمس: ((الجنس، والنوع، والفصل، والعَرَض الخاص، والعَرَض العام)).

١-الجنس:

وهو صفة تمثل جزءاً من حقيقة الشيء المحكوم عليه، توجد فيه وفي غيره ويُعرّف بانه كلي يحمل على انواع تختلفة في حقائقها. مثل (جريمة) فهي جنس تندريج تحته لنواع الجرائم (جرائم الاعتداء على الاشخاص، والاعتداء على الاموال، والاعتداء على الاعراض، والجرائم السياسية والاقتصادية وغيرها...).

ويحمل هذا الجنس على كل نوع من هذه الانواع فيقال القتل جريمة، والسرقة جريمة، وهتك العرض جريمة، والتهريب جريمة...

٢-النوع:

وهو كلّي يُحمل على اصناف تندرج تحته وهي متفقة في حقائقها ولكنها تختلفة في صفاتها وميزاتها ومشخصاتها، مثل (قتل) فهو نوع من انواع الجرائم تندرج تحته جميع اصناف القتل: (القتل عمداً عدوانا، والقتل خطأ، والقتل دفاعاً عن النفس... وغير ذلك) فهذه الاصناف لها حقيقة واحدة وهي ازهاق الروح، ولكن لكل صنف صفاته وميزاته وخصائصه تحول دون توحيد العقوبة، ولا يجوز الحكم على الكل بحكم واحد.

وكذلك الحنطة نوع من جنس الحبوب وتندرج تحتها أصناف الحنطة، والتمر نوع من جنس الثمر تندرج تحته اصناف الثمر وهي تختلف في صفاتها وميزاتها وخصائصها وان كانت متفقة في حقيقة واحدة.

وبناء على هذا الفرق الواضح بين كل من الجنس والنوع والصنف تعتبر المادة (١١٧) من المشروع للقانون المدني الجديد مادة غير سليمة وغير منطقية، لانها خلطت بين النوع والصنف، حيث تنص على ان ((الاموال المثلية هي التي لا تُعين الا بنوعها ويقوم بعضها مقام بعض))، وهذا خطأ، فالصواب ان تكون صياغة المادة كما يلي: ((الاموال المثلية هي التي لا تُعين الا بصنفها ويقوم مقام بعض)).

ومن البديهي ان هنالك صنفاً من التمر لا يقل سعر الكيلو منه في الوقت الحاضر عن دينار واحد، كما ان هنالك صنفاً آخر لا يزيد سعر الكيلو منه عن ربع دينار، فاذا كان محل التزام المدين هو الصنف الاول، فهل يحق له وفاء التزامه بالصنف الثاني؟ الجواب كلا، ما لم يكن هنالك اتفاق مسبق على ذلك. مع ان هذه المادة تعطي له هذا الحق بحجة ان جميع الاصناف نوع واحد والنوع الواحد يقوم بعضه مقام بعض في الوفاء، وهذا مما لا تقبله العدالة والمساواة المطلوبة في الالتزامات المالية المتبادلة.

٣-الفصل:

وهو ذاتي من ذاتيات النوع وجزء من حقيقته، لان كل نوع من انواع الكائنات الموجودة يتكون من عنصرين (الجنس والفصل).

ووظيفة الفصل هي تمييز النوع من بقية الانواع التي تشترك معه في جنس واحد، فاذا قلنا: ((الانسان كائن حي ناطق بالطبع)) فالعنصر الاول (كائن حي)[1] جنس يشمل الانسان وغيره من الحيوانات والعنصر الثاني ((ناطق بالطبع)) يميزه عن كل ما يشترك معه في هذا الجنس.

٤-العرض الخاص:

وهو صفة غير ذاتية وغير داخلة في حقيقة الشيء المحكوم عليه بهذه الصفة ولكنها تميزه مما لا يتصف بها كالمفكر بالطبع بالنسبة الى الانسان، فصفة التفكير ليست جزءاً من حقيقة الانسان، ولكنها تميزه من كل كائن لا يثبت له هذا الوصف، عندما نقول الانسان كائن مفكر.

٥-العرض العام:

وهو صفة غير ذاتية في حقيقة الشئ المحكوم عليه بها، بل تتحقق في المراده والمراد غيره، كوصف التنفس فهو عرض عام يتصف به الانسان وغيره من الكائنات الحية، ولكنه ليس جزءاً من حقائقها وذاتيا من ذاتياتها.

---

[1] الكائنات تنقسم إلى حيّة وغير حيّة (جمادات)، والكائنات الحيّة تشمل الحيوانات والنباتات، والحيوانات تشمل الناطق بالطبع وهو الإنسان، وغير الناطق، والناطق بغير الطبع (أي بالترويض).

فهذه الكليات الخمس هي مبادئ تصورية يختار منها عناصر تعريف كل شئ. والثلاثة الاولى من ذاتيات الاشياء والاخيران من الاعراض والاوصاف[1] ولا يجوز التعريف بهما الا اذا تعسر الحصول على الذاتيات من الثلاثة الاولى كما يأتي في المبحث القادم.

المبحث الثاني
مقاصد التصورات

مقاصد التصورات في علم المنطق هي التعريفات (المعلومات التصورية) التي يكتشف بها مجهولات تصورية.

وللتعريف عناصر وشروط واقسام.

عناصر التعريف:

هي الكليات الخمس من الذاتيات فان لم توجد فمن العرضيات.

شروط التعريف:

يرى علماء المنطق ان تعريف كل شئ بمثابة معادلة رياضية متساوية الاطراف من حيث الماصدقات احد الطرفين هو المعرَّف والاخر هو التعريف، وان صحة هذه المعادلة دائماً تتوقف على توفر شرطين اساسين:

الشرط الاول: ان يتساوى طرفا المعادلة من حيث الماصدق: بحيث كل ما يصدق عليه المعرف يصدق عليه التعريف وكذلك العكس حتى يكون التعريف جامعاً شاملاً لكل ما يدخل تحت مفهوم المعرف. ويكون كل ما لا يصدق عليه المعرف لا يصدق عليه التعريف، وكذلك العكس حتى يكون التعريف مانعاً من الاغيار ومن الادخال في المعرف ما ليس بداخل في الحقيقة والواقع.

---

[1] الكلنبوي: البرهان ص٦٩ وما بعدها.

العلامة التفتازاني/ تهذيب المنطق مع شرح الخبيصي وحاشية الدسوقي ٨٩ وما بعدها.

العلامة زكريا الانصاري: شرح ايساغوجي في المنطق ص٢٠ وما بعدها.

وبناء على هذا الشرط المنطقي للتعريفات يعتبر تعريف العقد في المشروع للقانون المدني الجديد تعريفاً غير منطقي، لانه ادخل في العقد ما ليس بعقد من الاسقاطات حيث عرفت المادة (٣١٣) منه العقد بأنه: ((اتفاق ارادتين او اكثر على احداث أثر يعتد به القانون)). فهذا التعريف يشمل الاسقاطات كالطلاق باتفاق الزوجين فانه يصدق عليه انه اتفاق ارادتين على احداث اثر يعتد به القانون. وكإبراء الدائن ذمة المدين من الدين كله او بعضه بعد موافقة المدين، لانه ايضاً اتفاق ارادتين على احداث أثر يعتد به القانون. مع أنه تنازل عن الحق واسقاط.

لذا أقترح أن يأخذ المشروع بتعريف القانون المدني النافذ في المادة (٧٣) التي تعرف العقد بانه ((ارتباط الايجاب الصادر من أحد العاقدين بقبول الاخر على وجه يثبت أثره في المعقود عليه)). وأقترح أن يُضاف إلى هذا التعريف هذا القيد: (والعاقد)، حتى يشمل الإلتزامات أيضاً.

الشرط الثاني – ان يتكون التعريف من العناصر الذاتية للشيء المعني بالتعريف كجنسه وفصله القريبين اذا امكن ذلك حتى يكون التعريف تعريفاً بما يبين حقيقة المعرف وطبيعته وماهيته.

ولا يجوز تعريف الشيء بالآثار التي تترتب عليه وباحكامه، لان الانسان اذا لم يعرف حقيقة الشيء وماهيته، فلا يستطيع ان يحكم عليه بشيء.

وبناء على هذا الشرط المنطقي يعتبر تعريف المشرع العراقي لكل من الطلاق الرجعي والطلاق البائن في قانون الاحوال الشخصية النافذ تعريفاً غير منطقي، لانه عرفهما باحكامهما، والقاضي اذا لم يعرف ما هو الطلاق الرجعي أو البائن، كيف يستطيع ان يحكم عليه بأي حكم؟

فالمادة (٣٦/٢) عرفت الطلاق الرجعي بانه ((ما جاز للزوج مراجعة زوجته اثناء عدتها منه دون عقد)) فهذا التعريف حكم من أحكام الطلاق الرجعي، فالقاضي اذا لم يعرف ما هو الطلاق الرجعي فكيف يستطيع أن يحكم بان للزوج الحق في مراجعة زوجته في عدتها من دون عقد جديد؟

ولذلك اقترح تعديل هذه المادة كما يلي: ((الطلاق الرجعي هو كل طلاق بعد الدخول للمرة الاولى والثانية دون مقابل[١])).

وكذلك عرف الطلاق البائن من أحكامه فقالت المادة السابقة: ((الطلاق البائن بينونة صغرى ما جاز فيه للزوج التزوج بمطلقته بعقد جديد)).

وهذا ايضاً تعريف غير منطقي لان القاضي لا يستطيع ان يحكم بهذا الحكم ما لم يطلع على حقيقته وطبيعة الطلاق البائن.

وبناء على ذلك اقترح ان يكون التعريف كما يلي: ((الطلاق البائن هو كل طلاق قبل الدخول مطلقاً او بعده وكان مقابل بدل أو مستكملاً للمرات الثلاث، وكل تفريق قضائي وفق هذا القانون)).

ومن الشروط الاخرى للتعريف ان لا يكون غامضا، وان لا يكون بالمثال[٢] وان لا يكون بالمرادف[٣]. وان لا يكون مجازيا[٤] وان لا يكون سلبياً[٥] وان لا يكون بالاضافة[٦].

أنواع التعريف:

قسم علماء المنطق التعريف بحسب طبيعة عناصره الى أربعة أقسام وهي:

١-الحد التام: وهو تعريف الشيء بجنسه وفصله القريبين كتعريف الانسان بأنه كائن حي ناطق بالطبع.

٢-الحد الناقص: وهو التعريف بالفصل القريب فقط او به مع الجنس البعيد كتعريف الانسان بانه ناطق بالطبع او بانه جسم ناطق بالطبع.

٣-الرسم التام: وهو التعريف بالاعراض الخاصة مع الجنس القريب كتعريف الانسان بانه كائن حي متفكر.

---

[١] بشرط ان لا يكون هذا الطلاق تفريقاً قضائياً لان المادة (٤٥) من قانون الاحوال الشخصية تعتبر كل تفريق قضائي طلاقاً بائنا بينونة صغرى.

[٢] كتعريف ابن مالك للفاعل بالمثال في الفيته بقوله:

الفاعل الذي كمرفوعي اتي   زيد منيرا وجهه نعم الفتى

[٣] كتعريف الاسد بالغضنفر.

[٤] كتعريف الجمل بانه سفينة الصحراء.

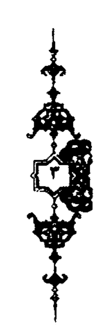
[٥] كتعريف الجهل بعدم العلم، او تعريف العلم بعدم الجهل.

[٦] كتعريف الوالد بانه من يكون له الولد.

٤-**الرسم الناقص**: وهو التعريف بالعوارض والصفات الخاصة كتعريف الانسان بانه مدخن. وهذا التقسيم هو التسلسل الطبيعي من حيث الاختيار فيكون التعريف بالحد التام فان لم يمكن فبالحد الناقص فان لم يتيسر فبالرسم التام والا فبالرسم الناقص[1].

---

(١) الكلنبوي المرجع السابق، ص١١٤ وما بعدها.
التفتازاني المرجع السابق، ص١١٠ وما بعدها.
الرازي قطب الدين الرازي: تحرير القواعد المنطقية، ص٦٣ وما بعدها.
الانصاري المرجع السابق، ص٧٢ وما بعدها.



الفصل الثالث

المنطق وتقسيم الموضوعات القانونية

تقسيم أي موضوع إما ان يكون عقلياً او يكون استقرائياً. فالعقلي هو الدائر بين النفي والاثبات اما الاستقرائي فهو مبني على الدراسة الميدانية.

التقسيم العقلي:

والتقسيم العقلي هو المختار لتقسيم كل موضوع يعني بالدراسة سواء أكان قانونياً ام لا لضمان عدم التداخل بين الاقسام والتجنب عن التكرار والحشو، ولسلامة استعابي كل ماهو مشمول بالمقسم في الاقسام.

ومن نماذج التقسيم العقلي تقسيم النحويين ((الكلمة)) كما يلي:

الكلمة اما ان تدل على معنى مستقل بذاته اولا والثانية هي الحرف، والاولى اما أن يقترن المعنى باحد الازمنة الثلاثة (الماضي، والحاضر، والمستقبل) اولا والثانية هي الاسم والاولى هي الفعل.

ويمكن تقسيم الجريمة الى الجناية والجنحة والمخالفة تقسيماً عقلياً كما يلي: كل جريمة اما ان لا يقل عقابها عن السجن او يقل والاولى هي الجناية والثانية اما ان يزيد عقابها عن ثلاثة اشهر لو عن غرامة تزيد عن ثلاثين ديناراً اولا والثانية هي المخالفة، والاولى هي الجنحة.



ومن البدهيات المنطقية المرعية في كل تقسيم ما يلي:

١-المقسِم أعم مطلقاً من كل قسم من اقسامه. فالجريمة اعم مطلقاً من كل من الجناية والجنحة والمخالفة.

٢-كل قسم من الاقسام أخص مطلقاً من المقسِم، فكل جناية جريمة ولكن ليست كل جريمة جناية، وكذلك كل جنحة او مخالفة جريمة ولكن العكس الكلي غير صحيح فلا يقال كل جريمة جنحة او مخالفة، وكذلك الكل أكبرُ من جميع الاجزاء.

٣-كل قسم مباين للقسم الاخر فلا يجتمع معه ولا يتداخلان فلا تشمل كل من الجناية، والجنحة، والمخالفة على كل ما تشمله الاخرى بناء على قاعدة ان القسيم مباين للقسيم.

٤-مجموع الاقسام يساوي المقسم، والمقسم يساوي مجموع الاقسام، والكل يساوي مجموع الاجزاء.

فعلى كل باحث قانوني وغير قانوني رعاية هذه القواعد الاربع في تقسيم كل موضوع يعني بدراسته.

فالتكرار والحشو والزيادة والتداخل والنواقص والعيوب الاخرى التي قد لا تخلو عنها اكثر البحوث القانونية وغير القانونية وبصورة خاصة رسائل الدراسات العليا كل ذلك مردها الى عدم رعاية القواعد الاربع المنطقية في التقسيم. وهذه العيوب لم تقتصر على البحوث وانما شملت التشريعات القانونية ايضاً. ومن التقسيم التشريعي المعيب في التشريعات العراقية تقسيم المشرع العراقي أسباب التفريق القضائي الى الضرر وغيره من الاسباب الاخرى وبصورة خاصة مقابلة الضرر في المادة (٤٠) بالخلاف في المادة (٤١) مع ان الخلاف في الفقه الاسلامي وفي كل قانون من القوانين العربية وغير العربية لا يعتبر سبباً للتفريق مالم يكن ضرراً لا يستطاع مع وجوده استمرار الحياة الزوجية كما اكدت ذلك المادة (٦) من قانون الاحوال الشخصية المصري، والمادة (١٣٢) من قانون الاحوال الشخصية الاردني، والمادة (١١٢) من قانون الاحوال الشخصية السوري[١] وغيرها من القوانين الاخرى

---

[١] المصري (م٦): (اذا ادعت الزوجة اضرار الزوج بها بما لا يستطاع معه دوام العشرة بين امثالها يجوز لها ان تطلب من القاضي التفريق وحينئذ يطلقها طلقة بائنة اذا ثبت الضرر وعجز عن الاصلاح...).

وذلك لان الخلاف قسم من الضرر وصورة من صوره وتطبيق من تطبيقاته فالصنيع العراقي من قبيل تقسيم الشيء الى نفسه والى غيره وهذا ما يرفضه المنطق.

وبالاضافة الى ذلك فان كل سبب من اسباب التفريق أنما يستند اليـه القاضـي علـى اساس انه ضرر وقسم من الضرر وان اي سبب يتمسك بـه احـد الـزوجين يـرفض مـن قبـل القاضي مالم يثبت انه الضرر. وان جميـع الاسـباب الـتي اقرهـا فقهـاء المسـلمين كمبررات للتفريق بين الزوجين كلها تستند الى مصدرين وهما القرآن الكـريم في قولـه تعـالى: ((ولا تمسكوهن ضرارا))[1] وقول الرسول صلى الله عليه وسلم: (لاضـرر ولا ضـرار)). فالاسـباب الواردة في المواد (٤٠، ٤١، ٤٣) من قانون الاحوال الشخصية العراقي كلها أقسام للضرر.

ولتلافي هذه التقسيمات غير المنطقية ولتجنب التداخل بـين اسـباب التفريـق القضـائي تدعو المشرع في العراق وفي البلاد الاسلاميـة العربية وغير العربية الى حشـر جميـع اسـباب التفريق القضـائي تحت عنوان واحد وهو:

((التفريق للضرر))؛

ثم يقسم الضرر الى الارادي وهو ما يكون لارادة احد الزوجين دخل فيه واللا ارادي وهـو ما لا دخل لارادة الزوجين فيه كموانع التناسلية من الواجبات الزوجية وكالامراض المعدية.

ثم تقسيم كل منهما الى المادي والمعنوي، ثم تقسيم كل من المادي والمعنـوي الى الايجـابي (اي الحاصل بفعل ايجابي كضرب الزوجة)، والسلبي (الناتج من فعل سلبي كالامتنـاع عـن الانفاق او المعاشرة الزوجية) على ان يذكر مع كل قسم مـن هـذه الاقسـام بعـض الامثلـة لزيادة الايضاح وكنماذج يقاس عليها غيرها ثم يعطى للمشرع للقاضـي السـلطة التقديريـة لتقدير حجم الضرر المبرر للتفريق مسـتعيناً بـالحكمين وبالباحثـات الاجتمـاعيـات وبخبرتـه وبالتقارير من اللجان الطبية المختصة. واذا لم يتبع المشرع في البلاد العربية والاسلامية هذا الاسلوب المنطقي في تقسيم الضرر الى الاقسام المذكورة فانه سوف يضطر ان يقدم كـل سـنة

الاردني (م١٣٢): (اذا ظهر نزاع وشقاق بين الزوجين فلكل منهمـا ان يطلـب التفريـق اذا ادعـى اضرار الاخر به قولا او فعلاً بحيث لا يمكن مع هذا الاضرار استمرار الحياة الزوجية).

السوري (م١١٢): (اذا ادعى احد الزوجين اضـرار الاخـر بـه بمـا لا يسـتطاع معـه دوام العشـرة يجوز ان يطلب من القاضي التفريق).

[1] سورة البقرة/ ٢٣١.

قائمة من اسباب التفريق وذلك نتيجة تطور الحياة ومستجداتها واعتبار مالم يكن ضـرراً في ظرف ضرراً في ظرف اخر.

ثم ان التكثير من اسباب التفريق القضائي سوف يكون له النتائج السلبية على استقرار العائلة وبالتالي على المجتمع.

التقسيم الاستقرائي:

على الرغم من فائدته في بعض المجالات فانه لا يمكن الاعتماد عليه في وضـع معيـار دقيق للتمييز بين الاقسام وعدم التداخل بينها وعلى سبيل المثل تقسيم بعض المعنيين تمـت بهذا الصدد ولكن ثبت عدم دقة هذا التقسيم لاوجه متعددة منها:

أ-أسباب الاجرام متعددة ومتنوعة ومتطورة ومتداخلة بعضها مع بعض.

ب-هنالك اسباب كثيرة غير خاضعة لاحصـاء دقيـق يمكـن اعتبارهـا نظريـاً ذات صـلة بالجريمة.

ج-عدم امكان وضع معيار دقيق لتمييز ما هو سبب مباشر مما هو غير مباشر.



الفصل الرابع

المنطق والخلط بين بعض المصطلحات القانونية

من يتتبع بعض شروح القانون يجد ان هنالك خلطا بين المصطلحات القانونية سواء أكان من حيث التسمية، ام من حيث التفسير، ام من حيث الاستعمال، ام من حيث الاستنتاج... ومصدر هذا الخلط هو عدم المام هؤلاء القانونيين بقواعد علم المنطق ونستعرض فيما يلي نماذج من هذا الخلط:

التناقض والتعرض:

شراح القانون قد يستعملون التناقض في محل التعارض فكأنهما مصطلحان مترادفان يحق لكل منهما ان يحل محل الاخر مع ان قواعد علم المنطق تقضي باختلافهما من حيث الحقيقة، ومن حيث الشروط، ومن حيث الحكم.



أولاً–من حيث الحقيقة:[١]

أ- التناقض: هو اختلاف قضيتين بالايجاب والسلب بحيث تستلزم صحة احداهما بطلان الاخرى، وكذلك يلزم من بطلان احداهما صحة الاخرى لانهما لا تجتمعان معا في مسألة واحدة بأي حال من الاحوال، كما انهما لا ترتفعان معاً فلابد من وجود احداهما عدم وجود الاخرى.

ب- التعارض: هو اختلاف نصين (او حكمين) او دليلين... اختلافاً لا يلزم من صحة احدهما بطلاف الاخر، وكذلك لا يلزم من بطلان احدهما صحة الاخر وذلك لامكان اجتماعهما معاً في مسئلة واحدة وجواز ارتفاعهما معا في قضية واحدة كما التعارض الشكلي الموجود بين بعض النصوص فيجوز للقاضي ان يهمل كلا من النصين (او الدليلين) ويعمل بثالث كما يحق للمشرع أن يلغي المتعارضين معاً ويأتي بحكم او نص او دليل ثالث يختلف مع كل منهما لانه لا تترتب اية استحالة منطقية لا على اجتماعهما ولا على ارتفاعهما بخلاف التناقض فان هذه الاستحالة واردة هناك.

ثانياً–من حيث الشروط:

يختلف التناقض مع التعارض في الشروط المطلوبة لقيام كل منهما:

أ-شروط التناقض:[٢] يشترط لقيام التناقض توفر الشروط الثمانية التالية:

١-الاتحاد في الموضوع:[٣] تصرفات القاصر المميز باطلة. تصرفات القاصر المميز صحيحة. فلا تناقض بين هاتين القاعدتين لاختلاف موضوعهما لان المقصود من التصرفات في القضية الاولى هي الضارة ضراراً محضاً. في حين ان المقصود بها في الثانية هي النافعة نفعاً محضاً.

---

[١] الكلنبوي: البرهان، ص٢٦٠ وما بعدها.

[٢] البرهان المرجع السابق، ص٢٦١.

[٣] الموضوع في علم المنطق يعادل المحكوم عليه في القانون، والمسند اليه في النحو.

٢-الاتحاد في المحمول:[1] مساعدة المحتاج واجبة. مساعدة المحتاج ليست واجبة فلا تناقض بين هاتين القاعدتين لاختلاف محمولهما لان المقصود من الواجب في الاولى الواجب الاخلاقي والديني. وفي الثانية الواجب القانوني.

٣-الاتحاد في الشروط: الزوجة المطلقة تجب عليها العدة. الزوجة المطلقة لا تجب عليها العدة. فلا تناقض بين هاتين القاعدتين لاختلاف الشرط لان العدة واجبة بشرط الدخول، ولا تجب اذا كان الطلاق قبل الدخول[2].

٤-الاتحاد في الزمان: يحق للمحكوم عليه ان يطعن في الحكم. لايحق للمحكوم عليه أن يطعن في الحكم، فلا تناقض بين هاتين القاعدتين لان الاولى مبنية على ان يكون الطعن خلال الفترة الزمنية المحددة بالقانون والثانية مبنية على ان يكون الطعن خارج هذه الفترة.

٥-الاتحاد في المكان: يسري القانون العراقي على شكل العقد.

لا يسري القانون العراقي على شكل العقد. لا تناقض بين هاتين القاعدتين لاختلاف المكان لان المقصود من الاولى شكل العقد المتعلق بالاموال الموجودة في العراق. والمقصود من الثانية شكل العقد المتعلق بالاموال الموجودة خارج العراق[3].

٦-الاتحاد في الفعل والامكان: الجنين يتمتع بالشخصية. الجنين لا يتمتع بالشخصية. فلا تناقض بين هاتين القاعدتين لان الاولى مبنية على اساس الامكان. فعلى هذا الاساس تكون للجنين اهلية الوجوب الناقصة له بعض الحقوق كالميراث، والوصية، والوقف والهبة. اما القاعدة الثانية فهي مبنية على اعتبار الشخصية الفعلية، وهذه الشخصية تبدأ بتمام ولادة الانسان حياً وتنتهي بموته[4].

٧-الاتحاد في الكل والبعض: فاذا قلنا: المتهمون مجرمون (اي بعضهم). المتهمون ليسوا مجرمين (اي كلهم) فلا تناقض بين هاتين القضيتين مادامتا غير متحدتين في الكل والبعض.

---

[1] يقصد بالمحمول في علم المنطق ما يعادل المحكوم به في القانون، والمسند في النحو.

[2] كما يقول سبحانه وتعالى: (اذا نكحتم المؤمنات ثم طلقتموهن من قبل ان تمسوهن فما لكم عليهن من عدة تعتدونها) سورة الاحزاب/ ٤٩.

[3] المادة (٣٣) من المشروع للقانون المدني الجديد العراقي.

[4] المادة (١/٣٩) من مشروع القانون المدني الجديد.

٨-الاتحاد في الاضافة: تسري احكام قانون العقوبات العراقي على الجرائم التي ترتكب في العراق. لا تسرى أحكام قانون العقوبات العراقي علـى الجـرائم الـتي ترتكـب في العراق.

لا تناقض بـين هـاتين القاعـدتين القـانونيتين لان الاولى تعـني الجرائم المضـافة الى العراقيين والاجانب الذين لا يتمتعون بالحصانة[١] والثانية تعني الجـرائم المضـافة الى الاشخاص المتمتعين بحصانة مقررة بمقتضى الاتفاقيات الدولية، او القـانون الـدولي، او القانون الداخلي[٢].

ب-شروط التعارض: يشترط في التعارض توفر شرطين:

١- أن يكون كل من الدليلين المتعارضين ظنيين. فلا تعـارض بـين قطعـيين للاسـتحالة المنطقية. وكذلك لا تعارض بين دليل قطعي واخر ظني لعدم تكافؤ الدليلين.

٢- ان يكون التعارض في ظن القاضي والمجتهد بالنسبة للنصـوص الشـرعية لانـه لا يمكن ان يوجد التعارض في الواقع ونفس الامر في كلام الله وكلام رسـوله صـلى الله عليه وسلم لعدم تصور الخطأ. اما بالنسبة للنصوص القانونية فقد يكـون التعـارض موجوداً في الواقع كما هو قائم في ذهن القاضي لتصـور الخطـأ والنسـيان للمشـرع الوضعي.

ثالثاً-من حيث الحكم:

أ-حكم التناقض: هو ان صحة احدى القاعـدتين المتناقضـتين تسـتلزم بطـلان الاخـرى لاستحالة اجتماعهما معا في الصحة. وان احداهمـا تستلزم صـحة الاخرى لاسـتحالة ارتفاعهما معاً بالبطلان.

ب-حكم التعارض: في حالة قيام التعارض يلجأ القاضـي لرفعـه الى احـدى الخطـوات الثلاث التالية على سبيل التعاقب:

الخطوة الاولى: أن يجتهد القاضي للجمع والتوفيق بين المتعارضين بحيث يثبت عدم قيـام هذا التعارض في الواقع والحقيقة. وعلى سبيل المثل: يشترط قانون الاحوال الشخصية

---

[١] المادة (٦) من قانون العقوبات العراقي النافذ رقم (١١١) لسنة ١٩٦٩.

[٢] المادة (١١) من قانون العقوبات العراقي النافذ.

العراقي النافذ في تمام اهلية الزواج العقل واكمال الثامنة عشرة من العمر هذا كقاعدة اصلية في المادة السابعة[١].

واستثناء من هذا الاصل يشترط كحد ادنى اكمال الخامسة عشرة من العمر لمن طلب الزواج وثبتت أهليته وقابليته البدنية على ان يتم الزواج باذن القاضي وموافقة الولي الشرعي لمن قدم الطلب، كما جاء في المادة الثامنة[٢].

وتتعارض هاتان المادتان مع الاطلاق الوارد في المادة (٣٩٨) من قانون العقوبات العراقي في فصل جرائم الاغتصاب واللواط وهتك العرض حيث تنص على أنه: ((اذا عقد زواج صحيح بين مرتكب احدى الجرائم الواردة في هذا الفصل وبين المجنى عليه أوقف تحريك الدعو والتحقيق فيها والاجراءات لاخرى. واذا كان قد صدر الحكم في الدعوى اوقف تنفيذ الحكم[٣].

واطلاق هذا النص يعني صحة الزواج بين الجاني والمجنى عليها وان كانت سن المعتدى عليها اقل من خمس عشرة سنة. وهذا ما تعارض مع منطوق المادتين السابعة والثامنة من قانون الاحوال الشخصية النافذ.

ولكن القاضي اذا اجتهد ورجع الى قاعدة النصوص القانونية تفسر بعضها ببعض وقارن بين هاتين المادتين وبين المادة السادسة قبلهما تبين له ان المقصود من الشرط الوارد في هاتين المادتين هو شرط اللزوم دون شرط الانعقاد والصحة لان المادة السادسة التي تكلفت ببيان شروط الانعقاد والصحة لم يرد فيها هذا الشرط[٤] وبهذا

---

[١] نص المادة السابعة:(يشترط في تمام اهلية العقل واكمال الثامنة عشرة).

[٢] نص المادة الثامنة: (اذا طلب من اكمل الخامسة عشرة من العمر الزواج فللقاضي ان يأذن به اذا ثبت له اهليته وقابليته البدنية، بعد موافقة وليه الشرعي. فاذا امتنع الولي طلب القاضي موافقته خلال مدة يحددها له. فان لم يعترض او كان اعتراضه غير جدير بالاعتبار اذن القاضي بالزواج).

[٣] بشرط ان لا ينتهي الزواج بطلاق صادر من الزوج بغير سبب شرعي او بطلان حكمت به المحكمة لاسباب متعلقة بخطأ الزوج وسوء تصرفه، وذلك قبل انقضاء ثلاث سنوات على وقف الاجراءات (م٣٩٨).

[٤] نص المادة السادسة: (١-لا ينعقد عقد الزواج اذا فقد شرطاً من شروط الانعقاد او الصحة المبينة فيما يلي:-

أ-اتحاد مجلس الايجاب والقبول.

يكون التعارض ظاهرياً وليس واقعياً وبالتالي لا يعتبر المشرع العراقي خارجاً عما هو مقرر لدى جمهور فقهاء المسلمين من ان البلوغ شرط اللزوم فيحق لمن بلغ اما الاستمرار على الزواج او فسخه. وليس ذلك شرطاً للصحة ولا للانعقاد.

الخطوة الثانية: محاولة القاضي لترجيح احد الدليلين المتعارضين على الاخر بمرجح ان لم يستطع أن يجمع بينهما.

ومن البدهي ان القاضي يرجح القانون على التعليمات اذا حصل التعارض منهما كما يقدم الدستور على القانون حين عدم دستورية النص.

الخطوة الثالثة: الرجوع الى تاريخ تشريع النصين المتعارضين اذا لم يستطع ان يجمع بينهما، ولم يجد مرجحاً لترجيح أحدهما على الاخر في العمل به. فعندئذ يعتبر النص السابق في التاريخ ملغياً بالنص اللاحق وفق ما هو مقرر في القواعد الشرعية والقانونية[1] والمنطقية.

المصادرة على المطلوب:

من المصطلحات التي وقع الخلط فيها من قبل شراح القانون هذا المصطلح حيث يرى القانونيون ممن ليس لهم المام بالمنطق ان المصادرة على المطلوب تعني الاستحالة المنطقية سواء أكانت في الامور الحقيقية أم في الامور الاعتبارية. علماً بأن المصادرة على المطلوب لا تعني الاستحالة المنطقية مالم تكن في الامور الواقعية والحقيقية الموجودة خارج ذهن الانسان.

فاذا قلنا (أ) من الاشياء في وجوده الخارجي يتوقف على (ب) من الاشياء كذلك ويتوقف (ب) على (أ) تلزم منه المصادرة على المطلوب (الاستحالة المنطقية) لان توقف

ب-سماع كل من العاقدين كلام الاخر واستيعابها بانه المقصود منه عقد الزواج.

ج-موافقة القبول للايجاب.

د-شهادة شاهدين متمتعين بالاهلية القانونية على عقد الزواج.

هـ-ان يكون العقد غير معلق على شرط او حادثة غير محققة.

[1] المادة (٥) من المشروع القانون المدني الجديد تنص على انه: (لا يلغي القانون الا بقانون لاحق ينص على الغاءه، او يتضمن قواعد تتعارض مع قواعد القانون السابق، او ينظم موضوعاً من جديد سبق ان نظمه ذلك القانون).

الشيء على ما يتوقف عليه يستلزم توقف الشيء على نفسه، وتوقف الشيء على نفسه يستلزم تقدمه على نفسه وهذا باطل وكل مستلزم للباطل باطل بالبداهة المنطقية.

اما المصادرة على المطلوب في القضايا الذهنية والامور الاعتبارية فانها لا تعني الاستحالة المنطقية. وعلى سبيل المثل: حين انتقد الفقيه الفرنسي ((بلانيول)) النظرية التقليدية للسبب قال: انها تستلزم المصادرة على المطلوب والاستحالة المنطقية. وذلك لان التزام البائع – وفق هذه النظرية – بتسليم المبيع سبب لالتزام المشتري بتسليم الثمن وكذلك العكس، وهذا يعتبر مصادرة على المطلوب والاستحالة المنطقية، حيث لا يمكن ان يكون أحدهما سبباو مسببا للاخر اذ ان الاثر والمؤثر او السبب والنتيجة لا يمكن أن يكونا متعاصرين. ثم جاء الفقيه الفرنسي الاخر ((كابيتان)) دافع عن النظرية التقليدية وعارض قيام الاستحالة المنطقية فقال انها لا تقوم اذا قلنا ان سبب التزام كل من المتعاقدين هو تنفيذ الالتزام المقابل لا وجوده فعليه لا يلزم ان يكون شيء واحد سبباً ومسبباً في وقت واحد [1]. واذا رجعنا الى القواعد المنطقية يتبين لنا ان هذه المناقشات بين هذين الفقيهين من فقهاء القانون الفرنسيين لا مبرر لها وذلك لان المصادرة على المطلوب في هذه القضية لا تعني الاستحالة المنطقية لان هذه الالتزامات المتقابلة بين المتعاقدين وتوقف بعضها على بعض اعتبارات ذهنية ومن خلق الفكر القانوني ولا وجود لهذا التوقف خارج ذهن فقهاء القانون، والاستحالة المنطقية تتصور بالنسبة للامور الواقعية الخارجية الحقيقية الموجودة خارج ذهن الانسان.

ثم اذا سلمنا جدلاً ان الاستحالة موجودة فان اضافة ما قاله كابيتان لا تحل المشكلة لان المصادرة على المطلوب قائمة ايضاً حيث ان تنفيذ كل يتوقف على تنفيذ الاخر. ولو كان لهذين الفقيهين الكبيرين المام بعلم المنطق لما وقعا في هذا الجدل والنقاش السفسطي.

الخلط بين العام والخاص المطلق وبين العام والخاص من وجه:

قسم علماء المنطق النسب بين الامور الى اربع وهي:

١- المساواة: تتحقق المساواة الكاملة بين شيئين اذا كان كل منهما يصدق على كل ما يصدق عليه الاخر بان يقال كل مجرم جان وكل جان مجرم.

---

[1] استاذنا الدكتور عبدالمجيد الحكيم/ شرح القانون المدني العراقي النافذ الكتاب الاول نظرية الالتزام – الجزء الاول، ص٢٠٥-٢٠٦.

٢- **التباين:** يقوم التباين التام بين شيئين اذا لم يصدق اي منهما على شي، مما يصدق عليه الاخر كان يقال: كل مجرم ليس بريئاً وكل بريء ليس مجرماً في قضية واحدة.

٣- **العموم والخصوص المطلق:** فالخاص المطلق يصدق على كل ما يصدق عليه العام المطلق دون العكس أي لا يصدق العام المطلق صدقاً كلياً على كل ما يصدق عليه الخاص. يقال: كل قاتل عمداً عدواناً مجرم ولكن لا يقال كل مجرم قاتل عمداً عدواناً لصدق المجرم على الجاسوس والسارق وغيرهما.

٤- **العموم والخصوص من وجه:** ويكون بين شيئين يجتمعان معاً في بعض صور، ويفترقان في صور اخرى بان يكون كل منهما عاماً من وجه وخاصاً من وجه اخر كالبريء والمتهم، فهما يجتمعان في متهم تثبت براءته. ويتحقق البريء بدون المتهم في شخص لم يتهم امام القضاء طيلة حياته بأية تهمة. ويتحقق المتهم بدون البريء فيمن تثبت ادانته.

وبعد هذا العرض الموجز للنسب الاربع بين الامور والقضايا اشير الى نموذج من الخلط بين العام والخاص المطلق وبين العام والخاص من وجه في شرح قانون المدني العراقي لاحد اساتذتي.

يقول هذا الاستاذ الفاضل في مقدمة كتابه[1] وهو بصدد بيان النسبة بين المال والملك: ((الملك عرفته المادة)) (١٢٥) من المجلة بقولها: الملك ما ملكه الانسان من اعيان ومنافع، اما المال فقد عرفته المادة (١٢٦) من المجلة بقولها: ((المال ما يميل اليه طبع الانسان ويمكن ادخاره الى وقت الحاجة)). ثم يستخرج من هاتين المادتين ان النسبة بين المال والملك العموم والخصوص المطلق فيقول ((كل مال ملك ولكن ليس كل ملك مالاً)).

مع ان النسبة بينهما في ضوء ما ما اورده في المادتين (١٢٥، ١٢٦) من المجلة العموم والخصوص من وجه: فهما يجتمعان في السيارة والدارة مثلاً. ويفترقان في الاشياء المباحة فهي مال وليست ملكاً، وفي المنافع فهي ملك وليست مالاً لانها لا تدخر.

---

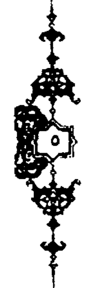
[1] الحقوق العينية الاصلية لاستاذنا الاستاذ شاكر ناصر، ص٢.



الفصل الخامس
القضايا المنطقية والقواعد القانونية

القواعد القانونية هي في المعنى اوامر ونواهي موجهة الى الخاضعين لها لتلزمهم بافعال من الواجبات والالتزامات، وتحظر عليهم افعالاً من الجرائم في القضايا الجنائية، وتصرفات مالية في القضايا المدنية. وعلى الرغم من ذلك فان اسلوب المشرعين الوضعيين هو استعمال الجمل الخبرية في الصياغات القانونية دون استعمال صيغ الاوامر والنواهي مثل لا تفعلوا كذا، افعلوا كذا... خلافاً للاسلوب المتبع في الشريعة الاسلامية التي تستعمل غالباً الصيغ الطلبية والجمل الانشائية من الاوامر مثل ((اقيموا الصلاة)). ((وتعاونوا على البر والتقوى)) . ((وانفقوا في سبيل الله)). ومن النواهي مثل: ((ولا تقتلوا النفس التي حرم الله الا بالحق)). ((ولا تأكلوا أموالكم بينكم بالباطل)) . ((ولا تقربوا الزنا))...

واحياناً يستخدم القرآن الكريم اسلوب الجمل الخبرية في الاوامر مثل :((والوالدات يرضعن اولادهن حولين كاملين)). وفي النواهي مثل: ((ومن يقتل مؤمناً متعمداً فجزاؤه جهنم خالداً فيها))[1]. فالعقاب يدل على تحريم القتل وعلى انه منهي عنه.



---

[1] سورة النساء/٩٣.

وصيغ القواعد القانونية باعتبارها جملاً خبرية من حيث الصـورة تـأتي علـى الاشـكال الآتية:

أ-على شكل القضية الحملية المنطقية الموجبة مثل: ((المتهم بريء حتى تثبت ادانتـه في محاكمة قانونية[١]. ((حق الدفاع مقدس في جميع مراحـل التحقيـق والمحاكمـة وفـق احكام القانون))[٢].

ب-او على شكل القضية الحملية المنطقية السالبة مثل: ((لا جريمة ولا عقوبـة الا بنـاء على قانون))[٣]. ((لايجوز القبض على احد او توقيفه او حبسـه او تفتيشـه الا وفـق أحكام القانون))[٤]. ((ولا تجوز العقوبة الا على الفعل الذي يعتـبر القـانون جريمـة اثناء اقترافه))[٥].

جـ-أو على شكل القضية الشرطية المنطقية المتصلة. مثل: ((اذا ارتكب الصـبي جريمـة واصبحت وقت الحكم عليه فتى يحكم عليه بالعقوبة المقـررة للجريمـة كمـا لـو كـان صبياً))[٦].

د-او على شكل القضـية الشرطية المنطقية المنفصلة، مثل: ((يعاقـب اذا كانـت الجريمـة جناية بالحبس والغرامة أو احدى هاتين العقوبتين))[٧].

وبناء على ما ذكرنا تكون القواعد القانونية بأعتبار صورها وأشكالها قضايا منطقيـة وهي اما حملية موجبة او سالبة، واما شرطية متصلة لزومية او اتفاقية موجبـة او سـالبة، واما شرطية منفصلة مانعة الجمع فقط، او مانعة الخلو فقـط او منفصـلة حقيقيـة (مانعـة الجمع والخلو معاً).

ونوزع ايضاح ذلك على مبحثين الاول في القضية الحملية والثاني في الشرطية.

---

[١] الدستور المؤقت (م٢٠) ف أ.

[٢] الدستور المؤقت (م ٢٠) ف ب.

[٣] الدستور المؤقت (م٢١).

[٤] الدستور المؤقت (٢٢).

[٥] الدستور المؤقت (م٢١).

[٦] قانون العقوبات العراقي النافذ (م٧٤/٢).

[٧] كل من اخبر السلطات المختصة بامور يعلم انها كاذبة عن جريمة وقعت يعاقب اذا كانت الجريمة جناية بالحبس والغرامة او باحدى هاتين العقوبتين ق.ع.ع. (م٢٤٣).

المبحث الاول

القضية الحملية

القاعدة القانونية ان حكم فيها بوقوع ثبوت شيء لشيء او لاوقوعه سميت حملية، وسمي المحكوم عليه موضوعاً والمحكوم به محمولاً[١] اذن القضية الحملية: تتكون من موضوع ومحمول مثل: ((العقوبة شخصية))[٢].

ففي هذا المثال: ((العقوبة)) موضوع في اصطلاح المنطق، ومسند اليه في اصطلاح النحو، ومحكوم عليه في اصطلاح القانون. و((شخصية)) محمول في المنطق لانه حمل على الموضوع، ومسند في النحو، ومحكوم به في القانون.

والحملية اما موجبة وهي ما حكم فيها باثبات المحمول للموضوع كما في المثال المذكور، واما سالبة وهي ما حكم فيها بنفي المحمول عن الموضوع مثل المجنون غير مسؤول جنائياً.

شروط القضية الحملية الموجبة:

يشترط في القضية الحملية الموجبة توفر الشرطين التاليين:

الشرط الاول- أن يكون الموضوع والمحمول متحدين في الما صدق بان يكون ما صدقهما في خارج ذهن الانسان شيئاً واحداً وذلك حتى يصح حمل المحمول على الموضوع. لانه في حالة الاختلاف يكون الحمل باطلاً فلا يقال مثلا النبات جماد.

الشرط الثاني- ان يكون المحمول والموضوع متغايرين في المفهوم حتى يكون الحمل مفيدا فلا يقال: الجريمة جريمة لانه كلام عبث.

وقواعد علم المنطق تقضي بوجوب توافر هذين الشرطين في كل قضية حملية موجبة وبناء على ذلك يعتبر ما ورد في المواد التالية من القضايا غير منطقية وبالتالي يكون الحمل فيها باطلاً لتخلف الشرط الاول فيها:

---

[١] البرهان المرجع السابق، ص١٣٧.

[٢] الدستور المؤقت (م٢١).

اولاً: المادة (١١١) من المشروع للقانون المدني الجديد تنص على ان: ((الالتزام واجب قانوني بأداء محدد...)). وهذه القضية الحملية الموجبة لم يتوفر فيها الشرط الاول لان الالتزام والواجب يختلف ما صدقهما وذلك لان هناك ثلاثة مصطلحات من مادة ((وجب)) مختلفة في ذاتياتها وماهياتها وهي: ((واجب، ايجاب، وجوب)).

الواجب: هو الاداء المطلوب على وجه الحتم والالزام يقال:

اداء الصلاة واجب على كل مسلم، واداء الدين واجب على مدينه واداء الخدمة الالزامية واجب على كل مواطن...

فهو وصف لفعل الملتزم وقائم به.

الايجاب: وهو الزام الملتزم بالاداء المطلوب منه على وجه الحتم. فهو صفة القانون الآمر بهذا الاداء وللمصدر الشرعي أو القانوني له.

الوجوب: وهو انشغال ذمة المدين بحق للغير يجب عليه تفريغها باداء هذا الحق لصاحبه. وهذا هو بعينه معنى الالتزام وما صدقه.

اذن الوجوب هو الالتزام، والالتزام هو الواجب، فيصح حمل الوجوب على الالتزام في قضية حملية موجبة تمثل قاعدة قانونية لان ما صدقهما واحد وهو انشغال الذمة بما يجب تفريغها عنه. ولذلك اقترحت على السادة اعضاء لجنة اعداد المشروع تعديل هذه المادة وتبديل لفظ ((واجب)) بـ ((وجوب))، وأرجو يؤخذ باقتراحي.

ثانياً: المادة (٣٥٩) من نفس المشروع: تنص على أن ((محل العقد هو الاداء الذي يلتزم به المدين)) فهذه القضية الحملية الموجبة ايضاً غير منطقية لان ما صدق الموضوع (محل العقد) مع المحمول (الاداء) لا يتحدان ولا يجتمعان في شيء واحد بل محل العقد هو المعقود عليه وهو ليس صفة قائمة باحد المتعاقدين في حين ان الاداء وصف قائم بالمتعاقد. ثم أن المشروع يشترط في محل العقد توفر الشروط التالية:

١-ان يكون ممكناً(م٣٦١).

٢-ان يكون معيناً تعييناً كافياً (م٣٦٢).

٣-ان لا يكون التعامل به مخالفاً للقانون ولا مخالفاً للنظام العامة (م٣٦٥) فهذه الشروط هي شروط المعقود عليه وليست شروطاً للأداء. اذن غير محل العقد فلا يجوز حمل احدهما على الآخر.

ولهذا اقترحت على السادة اعضاء لجنة اعداد المشروع تعديل المادة بما يلي:

((محل العقد ما يلتزم المدين بادائه)).

وأرجو ان يؤخذ باقتراحي.

ثالثاً: المادة (٤٣٩): من قانون العقوبات العراقي النافذ، وهي تعرف السرقة وتقول:

((السرقة اختلاس مال منقول لغير الجاني عمداً)).

هذه القضية الحملية الموجبة لم يتوفر فيها ايضاً الشرط الاول من الشرطين المذكورين وهو الاتحاد في الما صدق لان ما صدق السرقة غير ما صدق الاختلاس ولذلك تترتب على هذه الصياغة اخطاء منطقية منها:

١-القاعدة المنطقية تقول النسبة بين المعنى اللغوي وبين المعنى الاصطلاحي العموم والخصوص المطلق لان المعنى الاصطلاحي يضم المعنى اللغوي مع زيادة اضيفت اليه.

ايضاح ذلك:

لفظ ((صلاة)) في لغة العرب بمعنى الدعاء فنقله الشارع السماوي من هذا المعنى اللغوي الى معنى اصطلاحي شرعي جديد وهو العبادة المخصوصة المتضمنة لاقوال وافعال تفتتح بالتكبير ((الله أكبر)) وتختتم بالتسليم ((السلام عليكم ورحمة الله وبركاته)) فهذه العبادة تتضمن المعنى اللغوي وهو الدعاء اذن كل صلاة دعاء ولكن ليس كل دعاء صلاة وكذلك لفظ ((رهن)) في لغة العرب بمعنى الحبس ونقله المشرع الوضعي من المعنى اللغوي الى المعنى القانوني الذي عبارة عن عقد بموجبه يتحول المال المرهون الى ضمان خاص للدائن يستوفي منه دينه عند تعذر الوفاء او امتناع المدين عنه. فهنا المعنى الاصطلاحي القانوني يتضمن المعنى اللغوي ايضاً لان كل رهن يستلزم حبس المال المرهون وعدم جواز التصرف فيه من قبل المدين المالك تصرفا يضر بالدائن المرتهن.

وبناء على ذلك يكون المعنى الاصطلاحي اخص مطلقاً دائماً من المعنى اللغوي، وهذه القاعدة تخلفت في نقل لفظ ((اختلاس)) من المعنى اللغوي وهو اخذ مال الغير علناً الى المعنى الاصطلاحي وهو اخذ مال الغير خفية. لان السرقة هي اخذ مال الغير خفية يقال استرق السمع اذا سمع مختفياً. وسارق النظر اذا انتظر غفلته ينظر اليه. والسرقة لا تكون الا بغفلة من المسروق منه وعدم علمه اما الاختلاس فهو اخذ الشيء من الغير بصورة علنية بطريق السلب لان الخلس في اللغة العربية هو السلب، والتخالس هو التسالب يقال تخالس القوم الشيء: تسالبوه.

٢-يترتب على حمل الاختلاس على السرقة في هذه القضية الحملية عدم التفريق بين أخذ المال خفية، وأخذه علناً، ويلزم من ذلك لزوماً منطقياً عدم التفريق بين ماهو لص علناً وما هو لص خفية مع ان السارق علناً اخف جرما واقل خطورة من السارق خفية. ثم يلزم من هذا ايضاً لزوماً منطقياً الحكم على جريمتين مختلفتين في الحقيقة والخطورة بحكم واحد وهذا ماتأباه العدالة. واذا اراد المشرع العراقي ان يعتبرهما بمثابة جريمة واحدة في العقاب والخطورة فعلية ان يعرف كلا منهما بتعريفه الصحيح فيعرف السرقة بأنها أخذ مال منقول مملوك لغير الجاني خفية عمداً (اي بقصد جنائي)، ويعرف الاختلاس بأنه اخذ مال منقول مملوك لغير الجاني علناً عمداً فعندئذ يصح حمل الموضوع على المحمول في كل من التعريفين ويكون المعنى الاصطلاحي في كل منهما اخص مطلقاً من المعنى اللغوي.

المبحث الثاني

القضية الشرطية

القاعدة القانونية ان حكم فيها باتصال مضمون قضية بمضمون قضية اخرى سميت قضية شرطية متصلة موجبة[١].

وان حكم فيها بانفصال احدى القضيتين عن الاخرى سميت قضية شرطية منفصلة موجبة[٢] وبناء على ذلك تنقسم القضية الشرطية الى قسمين ((شرطية متصلة، وشرطية منفصلة)).

---

[١] وقد يكون الحكم فيها بعدم وقوع هذا الاتصال ونفيه وعندئذ تكون لقضية شرطية متصلة سالبة مثل (ليس كلما كان الانسان متهماً كان جانيا) واهملت بحث الشرطية المتصلة السلبية لعدم اهميتها في القضايا القانونية.

[٢] وقد يكون الحكم فيها بنفي الانفصال، واهملتها ايضاً لعدم الفائدة فيها من الناحية القانونية والعملية.

اولاً- القضية الشرطية المتصلة:

وهي تتكون من عنصرين بحيث يكون تحقق مضمون احدهما علة لتحقيق مضمون الاخر.

ويسمى العنصر العلة: ((شرطاً)) عند النحويين، و((سبباً)) عند القانونيين، و((مقدماً)) في اصطلاح المنطقيين، لان مرتبة العلة مقدمة على مرتبة المعلول في الوجود والتحقق، وان كانت متأخرة في التلفظ والتعبير.

كما يسمى العنصر المعلول: ((جزاءاً)) في النحو، و((مسبباً)) في القانون و((تالياً)) في المنطق وان كان المعلول مقدماً من حيث اللفظ والتعبير. وقد وقع بعض علماء المنطق في الخلط واعتبروا كل ماهو مذكور في الاول مقدماً ما يتأخر في التعبير تالياً وهنا خطأ لان وصف المقدم ثابت لما هو علي سواء كان مقدماً أم مؤخراً، وان وصف التالي يكون ثابتاً لما هو معلول وان كان مقدماً في الذكر.

المقدم	التالي
اذا اتم الصبي المحجوز في مدرسة اصلاحية الثامنة عشرة من عمره.	وجب نقله منها الى مدرسة الفتيان الجانحين ليقضي فيها ما تبقى من مدة الحجز المحكوم به[1].

والشرطية المتصلة اما اتفاقية واما لزومية:

أ-الشرطية المتصلة الاتفاقية:

وهي التي يكون الاتصال فيها بين المقدم والتالي من باب الصدفة دون ان تكون بينهما علاقة العلية والمعلولية (السببية والمسببية). ولعدم أهمية هذا النوع من الشرطية المتصلة اكتفى بذكر المثال التالي لها ثم العدول الى المتصلة اللزومية لما لها من الاهمية العملية.

المقدم	التالي
اذا نقل المجنى عليه من مكان الحادث الى المستشفى.	لادى ذلك الى وفاته بحادث الاصطدام.

---

[1] قانون العقوبات العراقي النافذ (م٧٤/٤).

فهذه القضية اتفاقية فعلى فرض تحققها يكون ذلك من باب الصدفة لانه لا توجد علاقة العلية والمعلولية بين المقدم والتالي.

ب-القضية الشرطية المتصلة اللزومية:

وهي التي يكون المقدم فيها علة وملزوما ويكون التالي معلولاً ولازماً بحيث كلما تحقق الاول تحقق الثاني على اساس ان وجود الملزوم يستلزم وجود اللازم له.

المقدم	التالي
اذا وقع الفعل استعمالاً لحق الدفاع الشرعي.	لاجريمة (اي لا جريمة موجودة او قائمة)

ففي هذه القاعدة القانونية الواردة في المادة (٤٢) من قانون العقوبات النافذ قدم التالي (لاجريمة) على المقدم من حيث التعبير مع انه متأخر في التحقق والوجود وهذه القاعدة قضية شرطية متصلة لزومية لان وجود المقدم يستلزم وجود التالي وان تحقق التالي متصل بتحقق المقدم.

المقدم	التالي
اذا تناول الجاني المسكر او المخدر عمداً بنية ارتكاب الجريمة التي وقعت منه.	عدّ ذلك ظرفاً مشدداً للعقوبة

ففي هذه القاعدة القانونية الواردة في المادة (٦١) من قانون العقوبات روعي الترتيب المقدم على التالي. وهي ايضاً قضية متصلة لزومية لقيام التلازم بين المقدم والتالي بحيث ان وجود الاول يستلزم وجود الثاني. اذن القاعدة المنطقية تقضي بانه ((كلما تحقق المقدم تحقق التالي)) غير ان عكس هذه القاعدة عكساً كلياً لا وجود له في علم المنطق فلا يقال كلما تحقق التالي تحقق المقدم الا اذا كان التالي لازماً مساوياً او لازماً اخص للمقدم اما اذا كان التالي لازماً اعم بان يكون له اكثر من ملزوم واحد فلا يلزم من تحقق التالي تحقق المقدم لجواز تحققه مع مقدم اخر.

وبناء على هذه القاعدة المنطقية يعتبر صنيع المشرع العراقي في المادة (٣٥/٢)[1] من قانون الاحوال الشخصية صنيعاً غير منطقي لانه بنى حكمه في طلاق المريض مرض الموت

---

[1] نص المادة (٣٥): لا يقع طلاق الاشخاص الاتي بيانهم:

على العكس الكلي للقاعدة المذكورة ((أي كلما تحقق التالي يتحقق المقدم)) فكلما تحقق ميراث الزوجة المطلقة في مرض الموت تحقق قيام الزوجية وقت الوفاة باعتبار ان الزوجية هي العلة الوحيدة (السبب الوحيد) لميراث الزوجة. مع ان هذا التالي اللازم (ميراث الزوجة) في هذه الحالة له مقدم وملزوم اخر غير قيام الزوجية الصحيحة وهو ((القصد السيء للزوج المريض مرض الموت حين طلاق زوجته)) ولذلك اطلق الفقهاء على هذا الطلاق مصطلح: ((طلاق الفار)) يعني ان طلاقه هذا يفسر بانه يقصد به حرمان زوجته من الميراث فيعامل بنقيض قصده السيء ويعطي للزوجة المطلقة الميراث على الرغم من وقوع الطلاق.

اذن لميراث الزوجة في هذه الحالة سبب اخر يترتب عليه غير سبب الزوجية وهو ((القصد السيء)).

وللمشرع العراقي لستدل على عدم وقوع الطلاق بتوريث الزوجة باتفاق فقهاء المسلمين[1]، ولن هذا الاستدلال كا منطقياً لو كان لميراث الزوجة سبب واحد فقط وهو ((الزوجية)). في حين ان فقهاء المسلمين ربطوا ميراث الزوجة المطلقة في مرض الموت بقيام سبب اخر غير الزوجية وهو القصد السيء. وهذا ما اتفقوا عليه كما اتفقوا على وقوع الطلاق اذا كان الزوج متمتعاً بالادراك والتمييز التامين. لكنهم اختلفوا في مدى سقوط هذا الحق بالتقادم.

فقال الحنفية[2]: ترث الزوجة المطلقة في مرض الموت اذا مات الزوج بهذا المرض وهي لا تزال في عدة الطلاق، فاذا انتهت العدة يسقط حقها في الميراث.

وقال الحنابلة[3]: ترث ما لم تتزوج بزوج اخر فاذا تزوجت يسقط حقها، فكأنها بهذا الزواج تنازلت عن حقها.

١-السكران والمجنون والمعتوه والمكره ومن كان فاقد التمييز من غضب او مصيبة مفاجئة او كبر او مرض.

٢-المريض في مرض الموت او في حالة يغلب في مثلها الهلاك اذا مات في ذلك المرض او تلك الحالة وترثه زوجته.

[1] باستثناء في غيره من حيث الظاهرية وفقهاء الزيدية حيث لم يفرقوا بين الطلاق في مرض الموت والطلاق في غيره من حيث حرمان الزوجة من الميراث انظر المحلى ٢١٨/١٠ وما بعدها.

الروض النضير شرح مجموع الفقه الكبير للصنعاني ٢١٦/٣.

[2] المبسوط للسرخسي ١٥٤/٦. بدائع الصنائع للكاساني ٢٠٦٦/٤.

[3] المغني لابن قدامة ٣٢٠/٦.

وقال الجعفرية[١]: ترث ما لم تتزوج وما لم تمض سنة على الطلاق فاذا تزوجت او مات الزوج بعد سنتة من تاريخ الطلاق يسقط حقها.

وقال المالكية[٢]: ترث مطلقاً تزوجت ام لم تتزوج، طالت مدة الوفاة بعد الطلاق ام لا لان الميراث مبني على سبب (القصد السيء) لا يسقط بالتقادم. ويتفق مع المالكية في هذا الرأي فقهاء الاباضية[٣]. وللشافعية[٤] اقوال متعددة يتفق كل قول مع احد المذاهب المذكورة. وبعد عرض هذا التحقيق الشرعي والمنطقي لنا أمل وطيد في ان يعيد المشرع العراقي النظر في هذه المادة وان يعدلها بحذف الفقرة الثانية منها لان الحكم الوارد فيها مخالف لاجماع فقهاء المسلمين، ومخالف لجميع القوانين في البلاد العربية والاسلامية، ومخالف لقواعد علم المنطق.

وبالاضافة الى ذلك كله فان القاضي لا يستطيع ان يبت في وقوع الطلاق او عدم وقوعه حتى يموت الزوج بالمرض الذي طلق زوجته فيه لانه لا يعلم بطريقة مؤكدة ان هذا المرض هو مرض الموت، وانه مات فيه الا بعد الوفاة فتبقى الزوجة حائرة خلال هذه الفترة بين حالة الزوجية وحالة اللازوجية.

ثم ان كان الحكم مبنياً على اساس عدم الادراك الكامل للمريض ونقص اهليته فان هذا الحكم قد ذكره المشرع في الفقرة الاولى فتكون الفقرة الثانية تكراراً وحشوا.

اضف الى كل ذلك ان الزوجة لا تخسر حقها في الميراث عند المالكية والاباضية على الرغم من وقوع الطلاق وزواجها بزوج اخر.

ثانياً-القضية الشرطية المنفصلة:

وهي كما ذكرنا ما حكم فيها بانفصال احدى القضيتين فاكثر عن الاخرى واهم معيار يميزها من الشرطية المتصلة هو وجود لفظ (أو) بين مقدماتها مثل القاعدة القانونية الجنائية الواردة على صورة شرطية منفصلة في المادة (٣٩٣/١) المعدلة في قانون العقوبات النافذ من أنه ((يعاقب بالسجن المؤبد او المؤقت كل من واقع أنثى بغير رضاها او لاط

---

[١] الكافي للكليني ٦/١٢. الروضة البهية شرح اللمعة الدمشقية ٢/٢٢٧.

[٢] المنتقى شرح موطأ امام مالك ٤/٨٥-٨٦.

[٣] شرح النيل وشفاء العليل للامام محمد بن يوسف اطفيش ٨/٢٧٦.

[٤] المهذب لابي اسحاق الشيرازي// ٢٥.

بذكر او انثى بغير رضاه أو رضاها)) وهذه القضية سميت في علم المنطق ((المنفصلة)) لعدم امكان الجمع بين جميع مقدماتها كالجمع بين السجن المؤبد والمؤقت في وقت واحد في قضية واحدة وبالنسبة الى شخص واحد.

وتنقسم المنفصلة الى ثلاثة انواع[1]:

أ- منفصلة حقيقية: وهي التي تكون دائرة بين حكمين فاكثر بحيث يمتنع الجمع بين الجميع كما يمتنع الخلو عن الجميع لانها تتكون من الشيء ونقيضه فوجود احدهما يستلزم عدم الاخر لاستحالة الجمع، وعدم احدهما يستلزم وجود الاخر لاستحالة الخلو. ففي الرياضيات يقال: ((اذا كان هذا عددا فهو اما زوجي واما فردي)) فهي قضية شرطية منفصلة حقيقية حيث لا يتصور ان يكون عدد واحد زوجياً وفردياً معاً او ان لا يكون فردياً ولا زوجياً.

وفي القانون يقال: ((من القي القبض عليه فهو اما بريء او مجرم)). فهي قضية شرطية منفصلة حقيقية لاستحالة الجمع بين وصفي البراءة والاجرام في شخص واحد في وقت واحد، وبالنسبة الى قضية واحدة، واستحالة خلوه ايضاً من كلا الوصفين معاً.

ب- منفصلة مانعة الخلو: فهي قضية شرطية منفصلة تتضمن اكثر من حكم واحد بحيث يمكن الجمع بين الكل في التطبيق، ولكن يمتنع الخلو عن الكل اذا توفرت شروط التطبيق كما في القاعدة القانونية الجنائية الواردة على صورة قضية شرطية منفصلة مانعة الخلو في المادة (٢٣١) من قانون العقوبات النافذ التي منطوقها: ((يعاقب بالحبس مدة لا تزيد على ثلاث سنوات وبالغرامة او باحدى هاتين العقوبتين من منع قصداً موظفاً او أي شخص مكلف بخدمة عامة عن القيام بواجباته))[2]. فهذه القاعدة (القضية) تتضمن حكمين: ((الحبس، والغرامة)) فاعطى للمشرع فيها القاضي سلطة الجمع بينهما، ولكن لا يستطيع القاضي ان يتخلى عن تطبيق كليهما معاً مادامت اركان وشروط الجريمة متوفرة وموانعها منتفية.

ج- منفصلة مانعة الجمع: فهي قضية شرطية منفصلة تتضمن اكثر من حكم واحد بحيث يمتنع الجمع بين الكل في التطبيق، ولكن يمكن الخلو عن الكل وعدم تطبيق اي

---

[1] التفتازاني، تهذيب المنطق، مع الدسوقي والتجريد الشافي على شرح الخبيصي ، ص١٤٤-١٤٥.

[2] فهذه قضية شرطية لان تقديرها: من منع قصدا موظفا الى اخره... يعاقب بالحبس الى اخره. ولفظ (من) اسم شرط وما بعده جملة شرطية والعقوبة تبنى على توفر هذا الشرط.

من الاحكام الواردة في القضية كما في القاعدة القانونية الجنائية الواردة في صورة قضية شرطية منفصلة مانعة الجمع في المادة (١٧٥/١) من قانون العقوبات النافذ التي تنص على انه ((يعاقب بالسجن المؤبد او المؤقت من اشترك في اتفاق جنائي الغرض منه ارتكاب الجرائم المنصوص عليها في المواد (من ١٥٦ الى ١٧٤)، او اتخاذها وسيلة للوصول الى الغرض المقصود منه)). فهذه القاعدة (القضية) تتضمن حكمين ((السجن المؤبد، والسجن المؤقت)) فيمتنع الجمع بينهما فهي اذن مانعة الجمع ولكن لا يمتنع الخلو عن كليهما معاً حيث يجوز للقاضي ان يتخلى عن تطبيق كلا الحكمين بدلالة المادة (١٨٧) من هذا القانون التي تنص على أنه ((يعفى من العقوبات المقررة للجرائم المبينة في هذا الباب من بادر من الجناة بابلاغ السلطات العامة بكل ما يعلمه عنها قبل البدء من تنفيذ الجريمة وقبل البدء في التحقيق. ويجوز للمحكمة الاعفاء من العقوبة اذا حصل البلاغ بعد تنفيذ الجريمة وقبل البدء في التحقيق.

وفي ضوء هذه المادة تكون القضية الشرطية المنفصلة الواردة في المادة (١٧٥/١) منفصلة مانعة الجمع ولكن ليست مانعة الخلو[١].

---

[١] لمزيد من التفصيل بالنسبة للشرطية المتصلة والمنفصلة راجع المراجع الاتية: البرهان المرجع السابق، ص٢٣٠-٢٣٤.

تحرير القواعد المنطقية شرح رسالة الشمسية المرجع السابق ص١٥٣ وما بعدها.

تهذيب المنطق مع الخبيصي والدسوقي ص١٤١ وما بعدها.

ايساغوجي في المنطق مع شرحه وحاشية العطار ص٨٥ وما بعدها.



الفصل السادس
المنطق والادلة القضائية

القاضي ابتداء من سماع الدعوى وقبولها، والنظر في الواقعة وتكييفها، واستنباط الاحكام من النصوص وتسبيبها، وانتهاء من اصدار القرارات وتثبيتها يعتمد على أدلة منها نقلية وهو خاضع لها، ومنها عقلية وهو حاكم فيها ومنها لها صفة ازدواجية عقلية في بعض مقدماتها ونقلية في البعض الاخرى ولها احكام الادلة النقلية.

الدليل:

اذا اطلق في علم المنطق يقصد به القياس المنطقي غالباً[1].



---

[1] وقد يقصد به الاستقراء كما في الاستدلال الاستقرائي. اما القياس الشرعي والقا يسمى تمثيلاً عند المنطقيين.

القياس المنطقي:

يتكون من مقدمتين فاكثر متى سلم بها يلزم عنها لذاتها النتيجة.

وهو قسمان: قياس اقتراني، وقياس استثنائي، والاقتراني ينقسم الى الاقتراني الحملي والاقتراني الشرطي، كما ينقسم الاستثنائي الى الاستثنائي المتصل والاستثنائي المنفصل:

اولاً–القياس الاقتراني الحملي:

وهو يتكون من (مقدمتين + نتيجة).

مقدماته تتكون من ثلاثة حدود (الحد الاصغر + الحد الاكبر + الحد الاوسط).

المقدمة التي فيها الحد الاصغر تسمى ((صغرى)) لانها اقل شمولاً.

والمقدمة التي فيها الحد الاكبر تسمى ((كبرى)) لانها اكثر شمولاً.

المثل:

العالم حادث (مقدمة صغرى).

كل حادث له محدث (مقدمة كبرى).

العالم له محدث (نتيجة).

العالم (الحد الاصغر) موضوع النتيجة.

حادث (الحد الاوسط) حلقة الوصل بين المقدمتين وهو محمول في الصغرى وموضوع في الكبرى.

له محدث (الحد الاكبر) محمول النتيجة.

وللقياس الاقتراني المحلي أشكال أربعة:

الشكل الاول-هو أن يكون الحد الاوسط محمولاً في الصغرى وموضوعاً في الكبرى كالمثال المذكور.

الشكل الثاني-هو ان يكون الحد الاوسط محمولاً في الصغرى والكبرى.

الشكل الثالث-ان يكون موضوعاً في كلتيهما.

الشكل الرابع-هو عكس الشكل الاول وهو ان يكون موضوعاً في الصغرى ومحمولاً في الكبرى.

ثانياً-القياس الاقتراني الشرطي:

وهو الذي يكون بعض مقدماته او كلها قضايا شرطية متصلة او منفصلة. وانواعه ستة:

الاول-يتكون من شرطين متصلتين:

كلما كان الانسان مخلصاً كان منتجاً، (صغرى).

وكلما كان منتجاً كان محبوباً. (كبرى).

كلما كان الانسان مخلصاً كان محبوباً (نتيجة).

الثاني-يتكون من منفصلتين:

كل مجتهد اما ان يكون مصيباً في اجتهاده او غير مصيب. ((صغرى)).

وكل غير مصيب في اجتهاده اما ان يصر على خطأه او يتراجع عنه. ((نتيجة)).

الثالث-هو ان يكون احدى المقدمتين متصلة والاخرى حملية:

كلما كان القاضي غير منحاز كان عادلاً. (صغرى).

كل عادل محبوب (كبرى).

كلما كان القاضي غير منحاز كان محبوباً. (نتيجة).

الرابع-هو أن تكون احدى المقدمتين منفصلة والاخرى حملية:

مثل: كل من يلقى عليه القبض متهم.(صغرى حملية).

وكل متهم أما بريء واما مجرم (كبرى منفصلة).

كل من يلقى عليه القبض اما بريء واما مجرم (نتيجة).

الخامس- هو أن تكون احداهما منفصلة والاخرى متصلة:

مثل: اما ان يكون الطالب مجتهداً واما ان يكون مهملاً. (كبرى منفصلة).

اذا كان الطالب ناجحاً كان مجتهداً.(صغرى متصلة).

اذا كان الطالب ناجحاً فلا يكون مهملاً. (نتيجة).

السادس-هو ان يتكون من حملية ومتصلة ومنفصلة:

مثل: البندقية آلة معدة للقتل. ((قضية حملية)).

وكلما كانت آلة معدة للقتل كانت وسيلة طبيعية لازهاق الروح (قضية شرطية متصلة).

ودائماً اما ان تكون الآلة المعدة للقتل دالة على توفر القصد الجنائي او لا

تكون دالة عليه (قضية شرطية منفصلة). اما ا تكون البندقية وسيلة طبيعية لازهاق الروح دالة على توفر القصد الجنائي، واما أن تكون غير دالة عليه (نتيجة).

والقياس الاقتراني الشرطي كالقياس الاقتراني الحملي أربعة أشكال:

الاول- هو الذي يكون فيه الحد الاوسط محمولاً في المقدمة الصغرى وموضوعاً في المقدمة الكبرى.

الثاني- هو ان يكون فيه الحد الاوسط محمولاً في كلتا المقدمتين.

الثالث- هو أن يكون فيه الحد الاوسط موضوعاً في كلتا المقدمتين.

الرابع- هو الذي يكون عكس الشكل الاول.

ثالثاً-القياس الاستثنائي المتصل:

القياس الاستثنائي هو الذي تتضمن احدى مقدمتيه النتيجة ذاتها أو نقيضها بالفعل. وهو عادة يتكون من مقدمتين احداهما قضية شرطية والاخرى قضية حملية استثنائية وتسمى استثنائية لاشتمالها على ما يسمى في علم المنطق باداة الاستثناء وهو لفظ (لكن) ولذلك سمي القياس استثنائياً ايضاً. وهو اما استثنائي متصل اذا كانت شرطية متصلة، واما استثنائي منفصل ان كانت منفصلة[1].

الاستدلال والاستنتاج بواسطة القياس الاستثنائي المتصل:

يقول علماء المنطق ثبوت تحقق المقدم ينتج ثبوت تحقق التالي على اساس ان الاول علة وثبوت العلة يستلزم ثبوت المعلول. كما في الصورة التالية:

الدعوى: (ع) غير مسؤول جنائياً عن قتل (ك).

السند: لان القتل كان دفاعاً عن النفس.

الاستدلال القضائي: اذا ثبت ان (ع) قتل (ك) دفاعاً عن النفس (المقدم) فهو غير مسؤول جنائياً (التالي).

---

[1] انظر المراجع السابقة من كتب المنطق: البرهان ص٢٣٠-٢٤١.
تهذيب المنطق مع الخبيصي والدسوقي ص٢١٤-وما بعدها.

دليل التالي: المادة (٤٢) من ق.ع.ع.[1].

خلاصة التحقيق: لكن ثبت ان (ع) قتل (ك) دفاعاً عن النفس.

الاستنتاج والحكم: (ع) غير مسؤول جنائياً عن قتل (ك).

وهناك صورة اخرى للاستنتاج عن طريق القياس الاستثنائي المتصل وهي ان ثبوت تخلف التالي ينتج ثبوت تخلف المقدم باعتبار ان تخلف الاثر يستلزم تخلف المؤثر.

الدعوى: (ع) لم يرتكب جريمة السرقة التي اتهم بها.

المسند: عدم تطابق بصمات الاصابع.

الاستدلال القضائي: (ع) لرتكب جريمة السرقة التي اتهم بها (المقدم) اذا تطابقت بصماته مع بصمات على محل الحادث (التالي).

خلاصة التحقيق: لكن لم تتطابق بصمات الاصابع.

الاستنتاج والحكم: (ع) لم يرتكب جريمة السرقة التي اتهم بها.

رابعاً-القياس الاستثنائي المنفصل:

وهو الذي تكون احدى مقدماته قضية منفصلة والاخرى حملية.

الاستدلال والاستنتاج بوساطة القياس الاستثنائي المنفصل:

يقول علماء المنطق: اثبات تحقق احدى مقدمتي المنفصلة ينتج عدم تحقق الاخرى، واثبات عدم تحقق احداهما ينتج تحقق الاخرى على اساس انهما متناقضان لا يجتمعان معاً ولا يرتفعان معاً، كما في الصورة التالية:

المتهم (غ) القي القبض عليه (المقدم-قضية حملية) بعد التحقيق: تثبت اما ادانته أو براءته (التالي-منفصلة) لكن ثبتت ادانته ((استثناء المقدم))((. فلم تثبت براءته ((نتيجة)).

او يقال: لكن نتيجة التحقيق اثبتت براءته ((استثناء التالي)). فلم تثبت ادانته (نتيجة) وبعد هذا الاستعراض الموجز لبعض صور الدليل (القياس) المنطقي يتضح لنا ان الادلة القضائية اما نقلية واما عقلية وهذا ما نوضحه بايجاز في المبحثين القادمين.

---

[1] لا جريمة اذا وقع الفعل استعمالاً لحق الدفاع الشرعي.

المبحث الاول

الادلة النقلية

يقول علماء المنطق[1]: الدليل ان توقف على حكاية كلام الغير في جميع مقدماته أو في بعضها فدليل نقلي والا فدليل عقلي.

المثال:

أ- ما يتوقف على النقل بجميع مقدماته:

تارك المأمور به عاص (صغرى) وكل عاص مستحق للعقاب (كبرى) تارك المأمور به مستحق للعقاب (نتيجة).

دليل الصغرى نقلي وهو قوله تعالى (أفعصيت أمر ربي). وكذلك دليل الكبرى وهو قوله تعالى (ومن يعص الله ورسوله فان له نار جهنم خالدين فيها).

ب-ما يتوقف على النقل في بعض مقدماته:

(أ) قتل (ب) عمداً عدواناً (صغرى).

وكل من قتل عمداً عدواناً يعاقب بالسجن المؤبد او المؤقت (الكبرى).

(أ) يعاقب بالسجن المؤبد او المؤقت (نتيجة).

الصغرى واقعة مادية. وهي ليست نقلية وانما ادلتها ودعواها نقلية ولكن المقدمة الكبرى نقلية وهي عبارة عن المادة (٤٠٥) من قانون العقوبات العراقي النافذ.

ومن الادلة النقلية: النصوص القانونية والشرعية والسوابق القضائية، واقوال الشهود، وافادات المتهمين...

اقسام الادلة النقلية:

الادلة النقلية اما يقينية او غير يقينية من حيث الثبوت، ولكل منهما اما قطعية او ظنية من حيث الدلالة على الحكم. فكل نص لا يحتمل من حكم واحد (او معنى واحد) تكون دلالته على هذا الحكم قطعية. وكل نص يحتمل اكثر من حكم واحد (او معنى واحد)

---

[1] البرهان المرجع السابق، ص٤٠٢.

تكون دلالته على احد الاحتمالين دلالة ظنية لانه يحتمل في نفس الوقت الاحتمال الاخر وقل مثل ذلك بالنسبة لغير النصوص من الادلة.

اولاً–الادلة النقلية اليقينية:

اليقين هو العلم الجازم الثابت المطابق للواقع وهو بالنسبة الى الادلة النقلية لا يثبت الا بالتواتر. والتواتر هو ما نقله جمع من الناس في كل عصر عن عصر عن سمع مباشر او مشاهدة يستحيل عادة اتفاقهم على الكذب كالاتفاق على ان ((لندن)) عاصمة بريطانيا.

النصوص والتواتر:

النصوص القانونية في كل بلد تصبح متواترة بعد نشرها في الوقائع والجرائد الرسمية. فلا يوجد مثلاً نص من نصوص قانون العقوبات العراقي النافذ يكون محل شك أو ظن أو وهم في انه نص تشريعي عراقي وجزء من هذا القانون، وهكذا بقية القوانين النافذة. ولكن النصوص الشرعية تختلف عن النصوص القانونية كما يلي:

أ–نصوص القرآن الكريم من حيث الثبوت ومن حيث انها كلام الله نزلت وحياً على سيدنا محمد صلى الله عليه وسلم كلها متواترة حيث نقلها في كل عصر جمع يستحيل تواطؤهم على الكذب.

ب–نصوص السنة النبوية:

وهي من حيث الثبوت ثلاثة انواع.

١–السنة المتواترة:

وهي ما رواها عن رسول الله صلى الله عليه وسلم جمع من الصحابة يستحيل عادة اتفاقهم على الكذب ثم رواها عن هذا الجمع جمع من التابعين يستحيل عادة اتفاقهم على الكذب وهكذا الى زمن التدوين. والتواتر اما لفظي: وهو ما يرويه كل واحد من الجماعة متفقاً مع ما يرويه الاخر في اللفظ.

واما معنوي: وهو ان يكون ما يرويه كل واحد من الرواة مختلفاً مع مايرويه الآخر في اللفظ الا ان أخبار الكل تتفق على معنى واحد مشترك فيما رووه ولو بطريق الالتزام.

والمتواتر اللفظي في كلام الرسول صلى الله عليه وسلم قليل ولكن المتواتر المعنوي كثير ومن المتواتر المعنوي تفسير النصوص المجملة الواردة في القرآن الكريم بأقوال الرسول وافعاله. والسنة المتواترة تحتل المركز الثاني بعد القرآن الكريم في الالزام والحجة.

٢-الحديث المشهور:

وهو مايرويه من لم يبلغوا حد التواتر من الصحابة ثم يصبح متواتراً في عصر التابعين او تابعي التابعين. والحديث المشهور يفيد القطع وعلم اليقين بالنسبة الى من رواه من الصحابة ولكنه دليل ظني بالنسبة الى غيرهم.

٣-حديث الآحاد:

وهو كل خبر يرويه عدد دون عدد التواتر. ويفيد الظن الراجح ويجب العمل به فيما يدل عليه من الاحكام العملية ولا يستدل به في الامور الاعتقادية. ولكل دليل نقلي ما عدا الدليل المنقول بالتواتر لا يفيد علم اليقين.

وكل دليل تكون جميع مقدماته متواترة يسمى ((البرهان)).

ثانياً-الادلة النقلية غير اليقينية (الامارات):

ويطلق علماء المنطق على الادلة غير اليقينية تعبير (الامارات) وان كان هذا التعبير غالباً يستعمل للظنيات.

اقسام الادلة غير اليقينية:[1]

تنقسم الادلة غير اليقينية من حيث القوة والضعف الى الاقسام الآتية:

١-الادلة المفيدة للادراك غير الجازم وهي تنقسم الى الانواع التالية:

أ-اما ان تفيد الشك:

وهو الادراك لامر ما بحيث لا يترجح جانب من الثبوت وعدم الثبوت على الجانب الاخر كتصور علماء الفضاء للحياة في بعض الكواكب تصوراً لم يترجح بعد احد

---

[1] ومن الجدير بالذكر ان هذه الاقسام لا تختص بالادلة النقلية وانما هي متوترة في الادلة العقلية ايضاً كما يأتي في محله.

جانبيه الايجابي والسلبي على الجانب الاخر. ولا يجوز للقاضي ان يعمل ويحكم بالشك بل عليه ان يجتهد ويبذل الجهود للوصول الى ادراك اقوى من هذه المرحلة.

ب-واما ان تفيد الظن:

وهو الجانب الراجح للادراك من الوجود والعدم لمرجح ثابت لدى المدرك كظن القاضي بثبوت التهمة الموجهة الى المتهم لتوفر الادلة ضده غير ان هذه الادلة لم تصل الى درجة اليقين او الاعتقاد الجازم الثابت بل تحتمل الصدق والكذب كافادات الشهود الذين لم يبلغوا حد التواتر، وكافادات واعترافات المتهمين فانها ايضاً لا تفيد اليقين لاحتمال الكذب وعدم الصحة لدافع قد لا يعلم به القاضي او يعلم به. وكذلك كاقرار المدين بالدين فهي ادلة كلامية تفيد الظن او الظن الغالب. والقاضي ملزم بان يحكم بالظن الغالب ما لم يقم دليل على خلاف ذلك

ج-واما ان تفيد الوهم:

وهو الجانب المرجوح المخالف للظن الغالب فالقاضي عندما يستمع افادات الشهود يحصل لديه الظن الغالب بصحة مضامين هذه الافادات ولكن بما انها اخبار تحتمل الصدق والكذب فهو قد يتصور الجانب الاخر لهذه الافادات أي عدم صحتها وهذا الجانب المخالف المتصور يسمى ((الوهم)). ولا يجوز للقاضي ان يعمل به.

٢-الادلة المفيدة للادراك الجازم غير الثابت:

والادراك الجازم غير الثابت هو ما يقبل ثبوت العكس كادراك القاضي لثبوت التهمة الموجهة الى المتهم ادراكاً جازماً استناداً الى الادلة المتوفرة لديه ضده. ولكنه ادراك جازمي غر ثابت لجواز ثبوت عكسه بان تثبت براءة المتهم بعد الحكم عليه بظهور دليل يدل على ذلك، ففي هذه الحالة يجب على القاضي ان يسحب الحكم ويصدر بدلاً عنه الحكم بالبراءة من التهمة الموجهة واطلاق سراحة ان لم يكن متهماً بتهمة اخرى.

٣-الادلة المفيدة لادراك الجازم الثابت غير المطابق للواقع:

وهذا الادراك يطلق عليه علماء المنطق مصطلح ((الجهل المركب)) كالادراك الاعمى لبعض المقلدين الذين يعتقدون اعتقاداً جازماً ثابتاً غير مطابق للواقع بصحة ما ينقلونه عمن يقلدونه. فالقضايا التقليدية يحكم بصحتها عقل المقلد حكماً جازماً ثابتاً تقليدياً بدهياً بالنسبة اليه زعما، لا نظرياً ولا استدلالياً للتنافي بين التقليد

والاستدلال عليه، ولان الاستدلال بخبر الاحاد لا يفيد الجزم اصلاً. واحياناً تكون هذه القضايا التقليدية غير صحيحة في الواقع وفي نفس الامر ومع ذلك يتمسك بها المقلد تمسكاً لا يقبل العكس بالنسبة اليه وهذا ما يسمى الجهل المركب لانه يجهل الحقيقة ويجهل انه جاهل بها فهو جهل يستلزم جهلاً اخر ولهذا سمي الجهل المركب.

ومن البديهي ان المجتهد قد يكون مخطئاً وقد يكون مصيباً وهذا ما لا ينكره احد الا المتعصبون والمصابون بالتعصب الاعمى وقد اكد الرسول الكريم صلى الله عليه وسلم هذه القاعدة قبل اكثر من الف واربعمائة سنة حين قال ((اذا حكم الحاكم فاجتهد ثم اصاب فله اجران فاذا حكم واجتهد ثم اخطأ فله اجر)).

ويعتبر من التقليد والتمسك بالادلة النقلية غير اليقينية في صحتها الاستناد الى السوابق القضائية وقرارات محكمة التمييز فهذه القرارات وتلك السوابق غير مصونة عن الخطأ وان صانع القرار غير مصون لذا من الخطأ المنطقي التعصب الاعمى سواء من قبل قاضي الموضوع أو من قبل محامي الدفاع لهذه السوابق والقرارات. نعم من المفيد ان يستنير بها القاضي او المحامي ولكن في نفس الوقت يجب ان لا يأخذ الا بعد الدراسة الدقيقة واعادة النظر فيها وان يعتبرها قابلة لاثبات العكس من حيث انها تحتمل الصواب والخطأ مادام مصدرها هو الاجتهاد او الدليل الظني.

الاستنتاج:

وبعد هذا الايضاح الموجز بالنسبة لما يتعلق بالادلة النقلية غير اليقينية نستطيع ان نستنتج ما يلي:

اولاً-القاضي غير ملزم يعمل باليقين دائماً لان جميع الادلة النقلية التي يستند اليها كلها لا تفيد اليقين باستثناء الادلة النقلية المتواترة. والقاضي غير ملزم بان لا يعمل الا بالمتواتر لا في الشريعة الاسلامية ولا في القوانين الوضعية لئلا يؤدي ذلك الى اهدار حقوق الناس.

وبناء على هذا يعتبر صنيع المشرع العراقي في المادة (٤٤) من قانون الاحوال الشخصية النافذ غير منطقي حيث الزم القاضي بالعمل بالتواتر في هذه المادة التي تنص على انه ((يجوز اثبات اسباب التفريق بكافة وسائل الاثبات بما في ذلك الشهادات الواردة على السماع اذا كانت متواترة...)). فالزام القاضي بان لا يعمل بالشهادات الواردة على السماع ما لم تصل الى درجة التواتر قد يؤدي الى ضياع

حقوق احد الزوجين او كليهما بالاضافة الى انه يصطدم مع القاعدة المنطقية والقانونية والشرعية القاضية بجواز الحكم بالظن الغالب في كل تعرض عليه للبت فيها.

ثانياً-على القاضي ان لا يكون مقلداً للقرارات والسوابق القضائية واذا استخدم هذا التقليد يجب ان لا يكون متعصباً لها الى حد لا يدرك الخطأ الوارد فيها لان صانع القرار لم يكن معصوماً فقراره يحتمل الخطأ والصواب كقرار اي مجتهد لا يملك دليلاً قطعياً على ثبوت ما يقره.

ثالثاً-لا يجوز للقاضي ان يعمل بالشك او الوهم لانهما ادراكان ضعيفان يقتربان الى الخطأ من الصواب، فعليه ان يجتهد حتى يصل الى الادراك الذي لا يقل عن درجة الظن الغالب رعاية للقواعد العامة منها: ((المتهم بريء حتى تثبت ادانته)) ((الاصل براءة الذمة)) ويأتي في مقدمة القواعد المانعة من العمل بما هو محل للشك قول الرسول الاعظم صلى الله عليه وسلم: ((ادرؤا الحدود بالشبهات مااستطعتم)).

رابعاً-الادلة سواء كانت يقينية او ظنية في ثبوتها فان دلالتها قد تكون قطعية وقد تكون ظنية:

الدلالة القطعية للادلة:

هي ان يكون الدليل لا يتحمل اكثر من مدلول واحد فعندئذ لا مجال للاجتهاد فيه اصلاً وهذا هو المقصود من القاعدة المشهورة ((لا مساغ للاجتهاد عند مورد نص)).

الدلالة الظنية للادلة:

هي ان يكون للدليل اكثر من احتمال واحد فعندئذ تكون دلالته على احتمال واحد من هذه الاحتمالات دلالة ظنية لجواز الاحتمال الاخر في نفس الوقت. ومن اهم اسباب نشوء الغموض في النصوص احتمالها لاكثر من مدلول واحد فالقاضي عندما يستعمل النص في احتمال واحد قد يكون مصيباً وقد يكون مخطئاً لجواز ان المشرع اراد الاحتمال غير المعمول به.

فالنصوص كلها من حيث الدلالة اما قطعية واما ظنية خلافاً لما زعم البعض من ان الادلة النقلية مطلقاً تكون دلالاتها ظنية وصاحب هذا الزعم يستند الى ان افادتها للنتيجة المتوخاة منها تتوقف على مقدمات كلها ظنية ومن تلك المقدمات:

- العلم بوضع الفاظ النصوص لمعاني محددة، وهذا العلم ظني.

- العلم بان المعاني المفهومة من الفاظ النصوص هي المعنية بالقصد من قبل المشرع او صاحب القول، وهذا ظني.
- العلم بان هذا اللفظ لم ينقل من معناه الاصلي الى معنى اخر، وهذا ظني.
- العلم بان اللفظ ليس مشتركاً بين معنيين فاكثر، وهذا ظني.
- العلم بان النص العام لم يخصص بدليل، وهذا ظني.
- العلم بان النص المطلق لم يقيد بدليل، وهذا ظني.
- العلم بان هذا الدليل لم يعارض بدليل اخر يساويه او يكون اقوى منه، وهذا ظني.
- العلم بان هذا النص لا يتضمن اضماراً وتقديراً، وهذا ظني.
- العلم بان النص لا يوجد فيه التقديم والتأخير، وهذا ظني.

وقال أنصار هذا الزعم ان علم المنطق يقول: النتيجة تابعة لاخس المقدمتين فالدليل وان كان قطعياً فما دام تشوبه هذه الظنون تكون دلالته على الحكم ظنية.

ولكن في اعتقادي ان هذه الادلة كلها جدلية وسفسطية ومغالطة ولن الواقع الذي لا يقبل النقاش هو ان النص سواء. كان ثبوته قطعياً أم ظنياً فان دلالته على الحكم قد تكون قطعية ان لم يتحمل اكثر من مدلول واحد، وقد تكون ظنية ان احتمل ذلك.

والله أعلم بالصواب.

المبحث الثاني

الادلة العقلية

سبق ان بينا ان علماء المنطق قالوا: الدليل ان توقف على حكاية كلام الغير في جميع مقدماته او في بعضها فدليل نقلي والا فدليل عقلي. ونستنتج من هذا ان الدليل العقلي هو الذي لا يتوقف في جميع مقدماته على نقل كلام الغير وانما مصدرها العقل فهي تستقي من الوقائع المادية عن طريق العقل والنظر والاستنتاج.

والادلة العقلية-كالادلةالنقلية-اما يقينية واما ظنية:

الدليل العقلي اليقيني:

هو الذي تكون جميع مقدماته يقينية والمقدمات اليقينية أما بدهية واما نظرية مكتسبة من البدهيات.

أ-اليقينيات البدهية:

وهي ستة انواع[1]:

١-الاوليات:

وهي القضايا التي يحكم بها كل عقل سليم حكماً قطعياً (اي جازماً ثابتاً مطابقاً للواقع بمجرد تصور اطرافها مع النسبة كالحكم بامتناع اجتماع النقيضين او ارتفاعهما، وبان الواحد نصف الاثنين، والكل اعظم من الجزء...

٢-المشاهدات:

وهي التي يحكم بها العقل قطعاً بوساطة مشاهدة الحكم والواقعة المادية كمشاهدة الشاهد للقاتل حين ارتكاب جريمة القتل فان ثبوت هذه الواقعة بالنسبة اليه من البدهيات ومن الادلة اليقينية. ولكنه بالنسبة الى القاضي من الظنيات لان القاضي يستند الى قول

---

[1] الكلنبوي: البرهان، ص٢٧٩.

الشاهد وقوله يحتمل الصدق والكذب ويقول علماء المنطق: القضية هي قول يصح ان يقال لقائله انه صادق فيه او كاذب. وكذلك يقول علماء البلاغة: الخبر هو ما يحتمل الصدق والكذب.

٣-قضايا ادلتها معها:

وتسمى (الفطريات) وهي التي يحكم فيها بحكم قطعي بواسطة دليل لازم لتصور اطرافها كالحكم بزوجية الاربعة لانقسامها الى قسمين متساويين.

٤-المتواترات:

وهي من الادلة النقلية اليقينية كما ذكرنا سابقاً.

٥-المجربات:

وهي القضايا التي يحكم بها العقل حكماً قطعياً بوساطة دليل يحصل للانسان تلقائياً عند تكرر مشاهدة الاثر المترتب على التجربة.

٦-الحدسيات:

وهي التي يحكم بها العقل بوساطة قياس يحصل للانسان تلقائياً بعد الحدس الذي هو ملكة الانتقال التلقائي من المبادئ الى المطالب كالحكم بخطورة المجرم عند ثبوت تكرر ارتكابه لعدة جرائم خطيرة متعاقبة دون مبرر معقول.

ب-اليقينات النظرية:

وهي المقدمات اليقينية المكتسبة من الادلة البدهية. كالمقدمات الثابتة بالتواتر او بالتجربة...

والدليل الذي يتكون من مقدمات يقينية بدهية او نظرية يسمى ((الدليل البرهاني)) وهو سيد الادلة لانه يفيد العلم اليقيني (الاعتقاد الجازم الثابت المطابق للواقع) ونتيجته تكون دائماً يقينية.

اما الدليل الذي يتكون من مقدمات ظنية صرفة او من مقدمات بعضها ظنية وبعضها يقينية فلا يفيد الا الظن وذلك لان النتيجة تابعة لاخس المقدمتين فالدليل المكون من الظن واليقين نتيجته تكون ظنية لا يقينية.

الادلة اللمية والادلة الانية:

قسم علماء المنطق الادلة مطلقاً سواء كانت يقينية ام ظنيـة الى قسـمين الادلـة اللميـة والادلة الانية.

القسم الاول-الدليل اللمي:

وهو الاستدلال بوجود العلة (او السبب) على وجود المعلول (او المسـبب). واسـاس هـذا الدليل هو القاعدة المنطقية والاصولـية القاضية بان ((الحكم يدور مع علته وجوداً وعدما)) اي كلما تحققت العلة تحقق الحكم، وكلما تخلفت العلة تخلف الحكم. ومن الادلة اللمية التمثيل الذي يرادف القياس القانوني والاصولي وهو الحاق القاضي واقعة لم يرد بشأنها نـص ظـاهر بواقعة اخرى ورد فيها النص لاشتراك الواقعتين في علة الحكم.

وهذا القياس في حقيقته يرجع الى الاسـتدلال بالعلـة علـى وجـود للعلـول فبعـد ادراك القاضي لعلة الحكم الوارد في النص وبعد ثبوت هذه العلـة لديـه في واقعـة اخـرى مشـابهة يستدل على ثبوت الحكم في الواقعة غير المنصوص عليها بالعلة التي شرع الحكم لاجلها.

والقياس وان كان محظوراً في القضايا الجنائية بناء علـى مبـدأ الشـرعية ((لاجريمـة ولا عقوبة الا بناء على نص)) الا ان له اهمية كبيرة في الحياة العملية القضـائية وعلـى سـبيل المثال:

قال سبحانه وتعالى: ﴿وَالَّذِينَ يَكْنِزُونَ الـذَّهَبَ وَالْفِضَّـةَ وَلاَ يُنفِقُونَهَـا فِـي سَـبِيلِ اللَّـهِ فَبَشِّرْهُم بِعَذَابٍ أَلِيمٍ﴾[1] فحرم كنز الذهب والفضة بعدم انفاقهما في التنمية الاجتماعيـة او الاقتصادية او الثقافية وبعدم استثمارهما لدر النفع العام والخاص وعدم انفاقهما في سـبيل المصلحة العامة الى غير ذلك.

والقاضي بعد ادراك حكمة تحريم كنز الذهب والفضة وبعـد الاحاطـة بعلـة تشـريع هـذا الحكم يقضي بتحريم كنز كل عملة ورقية او معدنية متداولـة في العـالم لان العلـة الموجبـة لتشريع هذا التحريم في الكل واحدة، ولان الغاية والحكمة المتوخاة من تهديد الذين يكنزون الذهب والفضة بالعقاب والعذاب الاليم هي نفس الغاية ونفس الحكمة بالنسبة لكـل عملـة

---

[1] سورة التوبة/ ٣٤.

تؤدي وظيفة الذهب والفضة وتحل محلهما في التداول. وللاستدلال اللمي عن طريق القياس يجب توفر العناصر الاربعة الاتية:

١-الاصل-او المشبه به-او المقيس عليه وهو عبارة عن الواقعة التي ورد بصددها النص.

٢-الفرع-او المشبه-او المقيس: وهو عبارة عن الواقعة المشابهة للواقعة الاولى ولكن لم يرد فيها نص.

٣-الجامع-او العلة المشتركة-او السبب الموجب لتشريع حكم الواقعة المقيس عليها وتوفر هذه العلة في الواقعة الثانية التي يريد القاضي الحاقها بالواقعة الاولى.

٤-الحكم: وهو ما ثبت للقضية المقيس عليها من وجوب او تحريم او جواز او غير ذلك...

وهذه العناصر الاربعة متوفرة في قياس القاتل للموصى له للموصي على الوارث القاتل للحكم بحرمانه من الوصية كحرمان القاتل الوارث من الميراث. فواقعة قتل الوارث للمورث مقيس عليها ثبت حكمها بقول الرسول صلى الله عليه وسلم ((لا يرث القاتل)) وواقعة قتل الموصى له للموصي مقيسة والعلة الجامعة هي ان من استعجل في شيء قبل اوانه عوقب بحرمانه والحكمة الجامعة هي حماية ارواح الابرياء. بالاضافة الى عدم جواز استفادة الجاني من جريمته والحكم هو الحرمان من الوصية كما يحرم الوارث من التركة.

القسم الثاني-الدليل الاني:

وهو الاستدلال بالاثر على وجود المؤثر او الاستدلال بالمعلول على وجود العلة او الاستدلال بالمسبب على وجود السبب فهذه التعابير المختلفة لها مضمون واحد.

وجل الادلة القضائية في اثبات الجريمة هي الادلة الانية كالاستدلال ببصمات الاصابع على اثبات التهمة الموجهة الى من تتفق بصماته مع الاثار التي تركتها بصمات مرتكب الجريمة.

وكالاستدلال باثار الاقدام واثر القدم هو شكلها الذي تتركه عند ملامستها لجسم قابل للتأثر مثل الرمل او الطين او التراب الناعم او الذي تطبعه على جسم اخر بمادة تكون عالقة بها مثل الدم او الماء او التراب...[1].

ويمكن اعتبار الاستدلال على استخلاص القصد الجنائي باستعمال الوسيلة القاتلة بطبيعتها غالباً من قبيل الدليل الاني لان نية القتل هي العلة الدافعة لاستعمال القاتل

---

[1] الدكتور سلطان الشاوي: اصول التحقيق الاجرامي، ص١٨٢.

لهذا النوع من السلاح فاذا كانت الوسيلة التي استخدمها الجاني قاتلة بطبيعتها ومن شأنها احداث الموت دل ذلك على توفر القصد الجنائي لدى القاتل وهكذا كل اثر ملموس يستدل به المحقق او القاضي على ادانة المتهم على اساس ان الاثر دليل على قيام المؤثر يعتبر هذا الاستدلال في علم المنطق دليلاً اينياً.

الخاتمة

اهم النتائج الاصلية المبتكرة في هذا البحث

١- اثبات الصلة بين المنطق والقانون بالشواهد النظرية والوقائع العملية.

٢- ارجاع دلالات النصوص الشرعية والقانونية الست الى الدلالات المنطقية الثلاث.

٣- اكتشاف نواقص تشريعية عن طريق قواعد منطقية.

٤- استنتاج أهمية المنطق للقانونيين من اخطاءهم في تفسير النصوص.

٥- تبيان امكانية تقويم الادلة القضائية بالمعايير المنطقية.

المراجع

المراجع المنطقية:

١. ابن سينا ابو علي الحسين بن عبدالله بن سينا: منطق الاشارات والتنبيهات طبعة دار المعارف ١٩٦٠.
٢. الانصاري زكريا الانصاري: شرح ايساغوجي في المنطق مع حاشية العطار طبعة ١٣١١هـ.
٣. التفتازاني العلامة سعدالدين التفتازاني: تهذيب المنطق.
٤. الخبيصي عبدالله بن فضل الله: شرح الخبيصي على تهذيب المنطق.
٥. الدسوقي العلامة محمد بن عرفة الدسوقي المالكي: التجريد الشافي طبعة ١٣٢٨هـ.
٦. الرازي قطب الدين الرازي: تحرير القواعد المنطقية في شرح رسالة الشمسية.
٧. الغزالي محمد بن محمد الغزالي: معيار العلم في فن المنطق طبعة ١٩٢٧م.
٨. القزويني نجم الدين القزويني: الشمسية في القواعد المنطقية طبعة ١٣١٤هـ.
٩. الكلنبوي: العلامة اسماعيل بن مصطفى المعروف بشيخ زادة الكلنبوي: البرهان مع حاشية العلامة عبدالرحمن البنجيوني، وحاشية العلامة الشيخ عمر المعروف بابن القرداغي. مطبعة السعادة القاهرة.
١٠. الدكتور علي سامي النشار: المنطق الصوري منذ ارسطو وتطوره المعاصر طبعة ١٩٥٥م.
١١. الدكتور علي عبدالمعطي محمد: المنطق ومناهج البحث العلمي في العلوم الرياضية والطبيعية دار الجامعات المصرية.
١٢. الدكتور مهدي فضل الله، مدخل الى علم المنطق (المنطق التقليدي) دار الطليعة بيروت.

المراجع القانونية:

١. القانون المدني العراقي رقم (٤٠) لسنة ١٩٥١.
٢. قانون العقوبات العراقي رقم (١١١) لسنة ١٩٦٩.

٣. القانون المدني المصري رقم (١٣١) لسنة ١٩٤٨.
٤. قانون العقوبات المصري.
٥. قانون الاحوال الشخصية العراقي رقم (١٨٨) لسنة ١٩٥٩.
٦. الوسيط للدكتور عبدالرزاق السنهوري نشر دار النهضة العربية ١٩٦٤.
٧. المشروع للقانون المدني العراقي الجديد ١٩٨٤.
٨. الدكتور سلطان الشاوي: اصول التحقيق الاجرامي مطبعة جامعة بغداد ١٩٨١.